

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES - CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO

ELSON RODRIGUES DE MATOS

**DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA PARA JULGAR CRIMES QUE
ENVOLVEM INDÍGENAS.**

Trabalho de Conclusão de Curso

Monografia

CACOAL – RO

2015

ELSON RODRIGUES DE MATOS

**DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA PARA JULGAR CRIMES QUE
ENVOLVEM INDÍGENAS.**

Trabalho de Conclusão apresentado ao curso de Direito da
Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – Campus
professor Francisco Gonçalves Quiles - Cacoal, como requisito
parcial de avaliação da disciplina de Monografia II, sob a
orientação do Professor M.e Afonso Maria das Chagas.

CACOAL – RO

2015

DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA PARA JULGAR CRIMES QUE ENVOLVEM INDÍGENAS.

ELSON RODRIGUES DE MATOS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – Campus Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor (Afonso Maria das Chagas) - UNIR - Presidente

Professor (Daene Zulian Dorst) - UNIR - Membro

Professor (Silvério dos Santos Oliveira) - UNIR - Membro

Conceito: _____

Cacoal, 08 de julho de 2015.

Dedico este trabalho aos meus amados pais, João Diniz e Maria Helena por me colocarem nos caminhos dos estudos e sempre acreditarem em meu potencial e me apoiarem.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me ajudar nos momentos difíceis e por permitir que finalizasse mais uma etapa de minha vida.

A meu orientador, Professor M.e Afonso, pela paciência e disponibilidade em transmitir seus conhecimentos e pelo apoio extraordinário no desenvolvimento deste trabalho.

À Professora M.^a Daeane, pela orientação e apoio, de maneira excepcional, na elaboração deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho visa elucidar uma questão recorrente nos tribunais de justiça de nosso país, o conflito de competência para julgar crimes que envolvem indígenas, em que configure como autor o como vítima. De início discute-se a questão indígena no Brasil atual, abordando o direito positivado inerente a esses povos - trazidos na Constituição Federal, código civil, processual civil, código penal, código processual penal, Estatuto do Índio (lei 6001/73), convenção 169 da organização internacional do trabalho, recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do decreto n. 5051/04 - e ainda, a (im)putabilidade dos indígenas, um mito no imaginário popular. Faz-se uma abordagem a cerca da capacidade processual dos indígenas e suas comunidades, de sua capacidade civil e a tutela do Estado, e um breve histórico da evolução dos direitos desses povos. Em seguida traz, como necessário, a definição de jurisdição e competência e dos conflitos que surgem na sua determinação. E por fim, passa a discutir a competência para julgar o indígena, como o tema é tratado nas leis vigentes em nosso país, a discussão doutrinária e jurisprudencial a cerca do tema.

Palavras-Chaves: Índio. Crime. Competência. Determinação. Conflito.

ABSTRACT

This work aims to elucidate a recurring issue in our country courts of law, the conflict of jurisdiction to prosecute crimes involving indigenous people, in which the author set as a victim. At first we discuss indigenous issues in Brazil today, addressing the right confirmed inherent in these people - brought in the federal constitution, civil code, civil procedure, criminal law, criminal procedure code, the Indian Statute (Law 6001/73), Convention 169 of the international labor organization, received at the Brazilian legal system through Decree 5051/04 - and also the (im)putability criminal of indigenous, a myth in the popular imagination. An approach about the procedural capacity of indigenous is made and their communities, their civil capacity and state supervision, and a brief history of the evolution of the rights of these peoples. Then brings, as appropriate, the determination of jurisdiction and competence, and conflicts that arise in their determination. And finally, it goes on to discuss the competence to judge the indigenous, as is discussed in the current laws in our country, doctrinal and jurisprudential debate about the subject.

Key Words: Indian. Crime. Competence. Determination. Conflict.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 A QUESTÃO INDÍGENA NO BRASIL ATUAL	10
1.1 O ÍNDIO E O DIREITO BRASILEIRO POSITIVADO	12
1.2 DIREITO A TERRA	13
1.3 A (IM)PUTABILIDADE PENAL	15
2 A CAPACIDADE PROCESSUAL DOS INDÍGENAS	18
2.1 A CAPACIDADE CIVIL E A TUTELA DO ESTADO	20
2.1.2 A evolução dos direitos indígenas	20
2.2 NOVA PERSPECTIVA E ANTIGAS PRÁTICAS	25
3 JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA NO SISTEMA PROCESSUAL RASILEIRO	28
3.1 JURISDIÇÃO	28
3.2 COMPETÊNCIA	29
3.2.1 Competência Material	30
3.2.2 Competência em razão do lugar da infração	31
3.2.3 Competência pelo domicílio ou residência do réu	34
3.2.4 Competência em razão da matéria ou natureza da infração	35
3.2.5 Competência determinada pela distribuição	36
3.2.6 Competência determinada pela conexão ou continência	37
3.2.7 Competência determinada pela prevenção	39
3.2.8 Competência determinada pela prerrogativa de função	41
3.3 DO CONFLITO DE JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA	45
3.3.1 PROCESSAMENTO	47
3.3.2 COMPETÊNCIAS PARA O JULGAMENTO	48
4 DA COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR OS CRIMES QUE ENVOLVEM INDÍGENAS	49
4.1 DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUA CRÍTICA	51
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a existência, a causa e hipótese para solução do conflito de jurisdição e competência no processamento e julgamento dos crimes que envolvem indígenas, seja como autor ou vítima.

Surgiu o interesse de desenvolver este trabalho do fato de ser, notadamente no meio jurídico, um tema recorrente em praticamente todas as causas que envolvem indígenas. Na fixação da competência os tribunais ora definem, para uma mesma espécie de crime, como competente a Justiça Comum Estadual, ora a Justiça Federal. Quando declaram competente a Justiça Comum Estadual tomam como fundamento na súmula 140 do STJ, a qual diz: Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima. E, quando declaram competente a Justiça Federal, declaram com fundamento nos art. 109, inc. XI e 231 da Constituição Federal, que determinam ser de competente a Justiça Federal para processar e julgar as causas referentes à disputa sobre direitos indígenas, entre eles a organização social dos índios, seus costumes, línguas, crenças e tradições, além dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

O conflito surge a partir da interpretação do julgador, por exemplo, para alguns, o crime de homicídio que tenha o indígena como vítima é de competência da Justiça Estadual, atendendo o enunciado da súmula 140 do STJ e, em outros casos, seria, ou é, competente a Justiça Federal por se tratar a vida do indígena um bem a ele pertinente como a todos os demais seres humanos. E, em se tratando de ocorrências que envolvem direitos indígenas (elencados no art. 231 da C.F) é competente a Justiça Federal para processar e julgar o caso, como determina com clareza a Constituição Federal.

No desenvolvimento do trabalho discute-se num primeiro capítulo a situação atual dos indígenas no Brasil, trazendo informações censitárias divulgadas pelo IBGE (Instituto brasileiro de geografia e estatísticas) do ano de 2010, último censo realizado com essa população, e ainda, a situação do índio frente o direito positivado, demonstrando como a

legislação pátria trata os seus direitos, dentre eles, em especial, o direito originário sobre terras que tradicionalmente ocupam. E por fim, a questão da putabilidade ou imputabilidade dos indígenas, um mito no imaginário popular.

No segundo capítulo aborda-se a capacidade processual desses indivíduos, quer isoladamente, em grupo ou comunidade. Para tanto, far-se-á uma discussão a cerca da capacidade civil desses indivíduos e a tutela do Estado dispensada a eles. Faz se ainda um breve histórico da evolução dos direitos indígenas na legislação brasileira e em seguida debate-se as novas perspectivas trazidas por essa legislação e de que forma são, ou não, colocadas em prática.

Já no terceiro capítulo faz referência, como indispensável, à jurisdição e competência no sistema processual brasileiro, suas definições e de como são estabelecidas, dos conflitos que surgem em suas definições e como se processam e se julgam esses possíveis conflitos.

E por fim, no quarto e último capítulo, busca-se a definição da competência para processar e julgar os crimes que envolvem indígenas, por meio das legislações e jurisprudências que tratam do tema, e ainda, uma hipótese de solução do conflito.

O procedimento técnico a ser aplicado será o de pesquisa bibliográfica a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros doutrinários, jurisprudências pátria e artigos científicos atinentes ao tema.

Os métodos a ser utilizados para o desenvolvimento do trabalho serão os métodos dedutivo e dialético, partindo das leis, normas e jurisprudências vigentes no direito brasileiro.

1 A QUESTÃO INDÍGENA NO BRASIL ATUAL.

A presença dos índios no território brasileiro é muito anterior ao processo de ocupação estabelecido pelos exploradores europeus que aportaram em nossas terras. Segundo os dados presentes em algumas estimativas, a população indígena brasileira variava entre três e cinco milhões de habitantes. Souza, Rainer (2002, online).

Não há dúvidas de que, a partir da chegada dos europeus, os povos indígenas passaram a conviver com os mais variados tipos de violência. Componente intrínseco ao regime imposto pela colonização portuguesa, a prática da violência acontecia, sobretudo, no trato com os escravos. Era também a estratégia mais comum na disputa pela terra e ampliação das fronteiras do território colonial. Passados quinhentos anos, a violência continua em pauta, na política indigenista atual. É uma violência estrutural, estrategicamente incorporada aos processos genocidas que se revelam hoje nas invasões de terra, aliciamento, repressão cultural e religiosa, roubos, fome, alcoolismo, prostituição, esterilização de mulheres, discriminação e etc. DHnet (s.d, online).

Atualmente, conforme consta nos registros da fundação nacional do índio (FUNAI), baseado no censo demográfico realizado no ano de 2010 (último realizado até a presente data), a população indígena brasileira contava naquele ano com cerca de 896.917 mil indivíduos, que contabilizou a população indígena com base nas pessoas que se declaram indígenas no quesito cor ou raça e para os residentes em terras indígenas que não se declararam, mas se consideram indígenas. Sendo que 572 mil, ou 63,8% viviam na área rural e 517 mil, ou 57,5% viviam em terras indígenas oficialmente reconhecidas. (O BRASIL INDÍGENA (IBGE), 2014).

Entre os Censos de 2000 e 2010, a população indígena cresceu 11,4% no Brasil, um percentual expressivo, mas muito inferior ao experimentado na década anterior, também medido pelo Censo. Entre 1991 e 2000, o crescimento havia sido de 150%. Apesar das altas taxas de fecundidade experimentadas por essa parcela da população, a explicação para o aumento vertiginoso é mais cultural que demográfica: a chamada “etnogênese” ou “reetinização”, que é quando indivíduos e comunidades reassumem e recriam suas tradições indígenas, após terem sido forçados a esconder e a negar suas identidades tribais como estratégia de sobrevivência, seja por pressões políticas, econômicas e religiosas, ou por terem sido despojados de suas terras e estigmatizados em função dos seus costumes tradicionais.

Entre 2000 e 2010, o Acre foi o estado que registrou a maior taxa de crescimento de sua população indígena, com um aumento de 7,1% ao ano, seguido de Paraíba com 6,6% ao

ano e Roraima com 5,8% ao ano. O maior declínio populacional relativo foi registrado no Rio de Janeiro: -7,8% ao ano, correspondendo a cerca de 20 mil pessoas.

Nas áreas urbanas, o declínio populacional atingiu a totalidade dos estados das regiões Sudeste e Sul e também a região Centro-Oeste, com exceção de Mato Grosso do Sul. Já na área rural o comportamento foi inverso, o crescimento foi 3,7% ao ano, destacando a elevada taxa de crescimento de 4,7% ao ano da região Nordeste.

Em números absolutos, a maior população indígena do país reside no Amazonas contando com 168,7 mil pessoas, 20,6% da população indígena do país, e a menor no Rio Grande do Norte, com 2,5 mil indivíduos, ou 0,3% da população total do país.

Apenas seis unidades da federação registraram, em 2010, mais que 1% de população autodeclarada indígena. Por outro lado, 13 unidades da Federação apresentaram percentuais de população indígena abaixo da média nacional (0,4%).

Em 2010, apenas cinco municípios brasileiros tinham mais de 10 mil indígenas. Um deles era São Paulo com 13 mil indígenas. Os outros quatro ficam no Amazonas: São Gabriel da Cachoeira, com 29 mil; São Paulo de Olivença, com 15 mil; Tabatinga com 14,9 mil e Santa Isabel do Rio Negro com 10,9 mil indivíduos.

Os resultados do censo 2010 apontam para 274 línguas indígenas faladas por indivíduos pertencentes a 305 etnias diferentes. Essas declarações ultrapassaram as estimativas iniciais feitas pela FUNAI. Entretanto, no que diz respeito aos números totais de língua e etnia, há ainda a necessidade de estudos linguísticos e antropológicos mais aprofundados, pois algumas línguas declaradas podem ser variações de uma mesma língua, assim como algumas etnias também se constituem em subgrupos ou segmentos de uma mesma etnia. (os indígenas no censo demográfico de 2010 (IBGE), 2014).

Na atualidade as comunidades indígenas brasileiras, ao contrario da época anterior ao colonialismo, vivem infligidas por problemas decorrentes da alteração de seus modos de vida pela intromissão do não índio. Problemas como o alcoolismo, a miséria, a violência e o suicídio, que são resquícios de outros surgidos ainda no período da colonização do país. Houve um severo aumento da violência e das violações praticadas contra os povos indígenas no Brasil em 2014, especialmente em relação aos casos de assassinatos, suicídios, mortes por desassistência à saúde, mortalidade na infância, invasões possessórias e exploração ilegal de recursos naturais e de omissão e morosidade na regularização das terras indígenas. Esta é a constatação do relatório violência contra os povos indígenas no Brasil – dados de 2014, que o

Conselho Indigenista Missionário (CIMI) lançou na tarde de sexta-feira, 19/06/2015, na sede da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), em Brasília¹.

1.1 O ÍNDIO E O DIREITO BRASILEIRO POSITIVADO

Os direitos constitucionais dos índios estão expressos num capítulo específico da Constituição Federal (título VIII, "Da Ordem Social", capítulo VIII, "Dos Índios"), além de outros dispositivos dispersos ao longo de seu texto e de um artigo do ato das disposições constitucionais transitórias.

Trata-se de direitos marcados por pelo menos duas inovações conceituais importantes em relação a Constituições anteriores e ao chamado Estatuto do Índio. A primeira inovação é o abandono de uma perspectiva assimilacionista, que entendia os índios como categoria social transitória, fadada ao desaparecimento. A segunda é que os direitos dos índios sobre suas terras são definidos enquanto direitos originários, isto é, anterior à criação do próprio Estado. Isto decorre do reconhecimento do fato histórico de que os índios foram os primeiros ocupantes do Brasil. A Constituição Federal de 1988 estabelece desta forma, novos marcos para as relações entre o Estado, a sociedade brasileira e os povos indígenas. Com os novos preceitos constitucionais, assegurou-se aos povos indígenas o respeito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Pela primeira vez, reconhece-se aos índios no Brasil o direito à diferença; isto é, de serem índios e de permanecerem como tal indefinidamente.

O direito à diferença não implica menos direito nem privilégios. Daí porque a Constituição Federal de 1988 tenha assegurado aos povos indígenas a utilização das suas línguas e processos próprios de aprendizagem no ensino básico, exarado no artigo 210, § 2º, em que diz: Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Inaugurando assim, um novo tempo para as ações relativas à educação escolar indígena. Além disso, a Constituição permitiu que os índios, suas

¹ CIMI, 2015. Aumentam os índices de assassinato, suicídio e mortalidade infantil de indígenas, aponta relatório. Disponível em: http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=8174&action=read, acessado em 22/06/2015.

comunidades e organizações, como qualquer pessoa física ou jurídica no Brasil, tenham legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses.

O Brasil é um dos 20 países que assinou e ratificou por meio do decreto n. 5051/04 a convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) sobre questões de direitos indígenas e tribais, do ano de 1989.

1.2 DIREITO A TERRA

A primeira Constituição do Brasil a mencionar os indígenas foi a de 1934, que atribuiu à União competência para legislar sobre incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (art. 5º, XIX, m), e reconheceu-lhes a posse de terras nas quais se encontrem permanentemente localizados (art. 129).

A Constituição de 1937 restringiu-se a repetir disposição anterior quanto ao reconhecimento à posse da terra ocupada em caráter permanente (art. 154). A Constituição de 1946 retomou a política integracionista (art. 5º, XV, r), a ser levada a cabo pela União, repetindo a disposição quanto à posse da terra (art. 216). Todas essas constituições tiveram a preocupação de declarar que as terras possuídas pelos silvícolas eram inalienáveis.

Alteração significativa ocorreu com a Constituição Federal de 1967, que transferiu para o domínio da União as “terras ocupadas pelos silvícolas” (art. 4º, IV), muito embora condicionado àquelas por eles habitadas permanentemente (art. 186). Ainda no mesmo dispositivo é atribuído aos indígenas o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas (terras) existentes. A Carta de 1967 repetiu a política integracionista, o que já era de nossa tradição (art. 8º, XVII, o). A Emenda Constitucional n. 1 de 1969 — para alguns considerada uma nova Constituição — manteve o mesmo regime jurídico quanto à posse das terras indígenas (art. 198), mas inovou em dois pontos: declarou nulos e extintos os efeitos jurídicos dos negócios de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas (§ 1º); e negou direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio (§ 2º).

De resto, manteve os mesmos regimes quanto ao domínio da União sobre as terras indígenas (art. 4º, IV) e a política integracionista (art. 8º, XVII, o), remetendo à legislação federal o regramento da inalienabilidade daquelas terras. Como consequência da disciplina constitucional dispensada aos indígenas, tradicionalmente limitada à integração e à posse da terra, ainda hoje é comum, para não dizer dominante, a visão de que os direitos indígenas limitam-se a estes dois temas: tutela e disputa pela posse da terra. A Constituição de 1988, de

forma inovadora, tratou com profundidade e extensão os direitos indígenas. Barreto (2003, online, s.p)

A nova Constituição inovou em todos os sentidos, estabelecendo, sobretudo, que os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam são de natureza originária. Isso significa que são anteriores à formação do próprio Estado, existindo independentemente de qualquer reconhecimento oficial. O texto em vigor eleva também à categoria constitucional o próprio conceito de terras indígenas, que assim se define, no artigo 231, § 1º: São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

São determinados elementos, portanto, que definem uma sorte de terra como indígena. Presentes esses elementos, a serem apurados conforme os usos, costumes e tradições indígenas, o direito a terra por parte da sociedade que a ocupa existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo. Nesse sentido, a demarcação de uma terra indígena, fruto do reconhecimento feito pelo Estado, é ato meramente declaratório, cujo objetivo é simplesmente precisar a real extensão da posse para assegurar a plena eficácia do dispositivo constitucional. E a obrigação de proteger as terras indígenas cabe ao Estado.

Nas disposições constitucionais transitórias, art. 67, fixou-se em cinco anos o prazo para que todas as terras indígenas no Brasil fossem demarcadas. O prazo se expirou e as demarcações ainda são um grande problema e assunto pendente.

Um dos principais problemas que tornam lenta a regularização das terras indígenas é o fato de a terra ser, historicamente, uma fonte de poder econômico, político e social. O modelo de desenvolvimento econômico do país, que tem na agricultura, na pecuária extensiva e na exportação de mercadorias algumas de suas principais características, faz com que a demarcação das terras indígenas seja contestada por determinados setores da sociedade como entrave ao progresso, e não como o reconhecimento de direitos originários. Em geral, quanto às dificuldades para regularização, ou as terras já ocupadas por índios são alvo do interesse de terceiros (latifundiários, extrativistas, mineradores, responsáveis por grandes empreendimentos – como a construção de hidrelétricas –, etc.), ou aquelas reivindicadas pelos índios já estão em posse de não índios.

Em contrapartida, há muitos casos em que os entraves jurídicos seguem impedindo a demarcação. No Mato Grosso do Sul (MS), por exemplo, um levantamento realizado pelo MPF em 2009 identificou 87 processos envolvendo disputa de terras indígenas tramitando no

Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Embora os dados sejam de seis anos atrás, servem para ilustrar uma realidade que perdura até hoje.

Em geral, eram mandados de segurança ou ações declaratórias e possessórias movidas por proprietários de terra. Tentavam impedir judicialmente procedimentos iniciados pela FUNAI para demarcação de territórios, alegando serem os donos legítimos da área ou pedindo declaração de que suas fazendas não eram tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

Também havia ações propostas pela própria FUNAI ou pelo MPF, nas quais solicitavam a continuação de trabalhos de demarcação por alguns motivos emperrados.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2057/1991, denominado Estatuto das Sociedades Indígenas, que trata do assunto de uma forma que pretende determinar medidas claras e definitivas, considerando a situação em que se encontram as terras indígenas para a sua demarcação.

1.3 A (IM)PUTABILIDADE PENAL

O tema da putabilidade dos indígenas transformou-se em um folclore muito difundido no imaginário popular brasileiro. Há os que pensam serem os índios inimputáveis, dada a sua condição de raça inferior (incapaz); há também os que admitem ser o indígena capaz, quando se trata de lhes impor deveres, mas, o considera totalmente incapaz quando se trata de lhes conferir direitos.

Imputabilidade é definida como a aptidão do ser humano compreender que determinado fato não é lícito e de agir em conformidade com esse entendimento. É imputável a pessoa capaz de entender o caráter ilícito de um fato e determinar-se de acordo com tal entendimento. Segundo Evangelista (1999, p.107) imputável “é o sujeito mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Dita o art. 26 do Código Penal brasileiro, ser isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O parágrafo único do art. 26 do Código Penal prevê a possibilidade de redução da pena, de um a dois terços, se o agente não era capaz de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Na lição de Toledo (1994, p. 315):

(...) Para que o agente de um crime seja, pois, dotado de imputabilidade, além da idade de dezoito anos, deverá à época do fato, estar no gozo de certas faculdades intelectivas e de determinado grau de saúde mental. A lei penal exprime essas exigências, de modo negativo, ao estabelecer as hipóteses de inimputabilidade ou de redução da responsabilidade (art. 26 e parágrafo único e 28, §§ 1º e 2º).

(...) As primeiras hipóteses de inimputabilidade estão previstas no art. 26: tendo o legislador usado termos bastante genéricos, como facilmente se percebe a exata extensão e compreensão das expressões ‘doença mental’ e ‘desenvolvimento mental incompleto ou retardado’ fica deferida ao prudente arbítrio do juiz que, em cada caso, se valerá do indispensável auxílio de perícias especializadas. O que importa ter em mente é a parte final do preceito, que traça os limites normativos extremos desse poder discricionário: doença ou qualquer anomalia que torne o agente, à época do fato, incapaz de ter a compreensão do injusto que realiza ou de orientar-se finalisticamente em função dessa compreensão.

Antes do advento da Constituição de 1988 e do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), a doutrina e a jurisprudência interpretavam a imputabilidade penal dos índios à luz do art. 26 do Código Penal e do art. 4º do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), segundo o qual os índios são considerados isolados, em vias de integração, e integrados². O entendimento predominante, em síntese, era no sentido da inimputabilidade dos índios isolados, da imputabilidade dos integrados, e da necessidade de exame pericial para aferição da responsabilidade penal dos índios em vias de integração.

Esse tratamento era forjado, sobretudo, na regra constante do art. 6º, inciso III, do Código Civil revogado (Lei nº 3.071/1916), que elencava os índios entre os relativamente incapazes de praticar atos da vida civil, e pela ultrapassada visão integracionista que envolve o Estatuto do Índio, como se o ideal, o correto e inexorável fosse os índios deixarem de serem índios, e, de forma paulatina, passassem a viver de acordo com a “doce, humana e pacífica” cultura dos não índios.

A Constituição de 1988 reconhece a pluralidade étnica e cultural do país. Assegurar aos índios o direito à alteridade é dizer o direito de serem diferentes e tratados como tais, direito esse reforçado pela convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil em 19.04.2004.

O Código Civil em vigor dispõe que a capacidade dos índios será regulada por lei especial. Assim, emerge ultrapassada e incorreta qualquer interpretação que trate os índios

² - Lei nº 6.001, de 19.12.1973: “art. 4º Os índios são considerados: I - Isolados- Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservem menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III - Integrados- Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura”.

como inimputáveis ou semi-imputáveis em virtude da diferença étnica. Como registrou Solange Rita Marczynsky em debate promovido em abril de 1990, pela Comissão Pró-Índio de São Paulo em conjunto com a Procuradoria da República em São Paulo e a Faculdade de Direito da USP. Naquele momento Dalmo de Abreu Dallari assim se manifestou sobre o assunto:

Os índios brasileiros estão em diferentes estágios em relação ao conhecimento dos hábitos da sociedade nacional. Como exemplo, há índios com cursos universitários e índios que sequer falam o português. Existem índios que estão no meio do caminho. São situações diferenciadas e que merecem ser consideradas distintamente. O índio é mentalmente normal, o que ele tem é cultura diferente, e por vezes não entende o significado de determinada regra, como um estrangeiro pode também não entender. (DALLARI, 1990)

Mostra ser esse o referencial que deve orientar a solução de questões ligadas à aferição da imputabilidade dos índios. O direito a diferença assegurado pela Constituição e pela Convenção 169 da OIT³ não permitem outra inferência. Vale consignar, para análise da imputabilidade penal dos índios, que é necessário tão-somente perquirir se de acordo com a sua cultura e seus costumes o indígena tinha condições de compreender o caráter ilícito daquela conduta positivada como crime segundo os padrões da cultura da sociedade envolvente.

Cumprir destacar que o Projeto de Lei 2057/91, que visa instituir o Estatuto das Sociedades Indígenas, que tramita no Parlamento há mais de vinte e quatro anos, contém previsão no sentido da necessidade de realização de perícia antropológica para conclusão acerca da imputabilidade e confere à justiça federal a competência para o julgamento dos crimes praticados por índios ou contra índios.

³ A Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes da Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovada em 1989, durante sua 76ª Conferência, é o instrumento internacional vinculante mais antigo que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais no mundo. Esta Convenção foi ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Presidencial n.º 5.051, de 19 de abril de 2004.

2 A CAPACIDADE PROCESSUAL DOS INDÍGENAS

A Constituição Federal de 1988 reconhece o índio como diferente, sem que essa diferença possa ser confundida com incapacidade e que reconhece a capacidade do índio para ingressar em juízo na defesa de seus direitos sem depender da intermediação.

A evolução no trato dos direitos indígenas e, principalmente, as omissões do órgão tutor estatal impõe que se possibilite aos índios o mais amplo acesso ao judiciário, independentemente de quaisquer outros requisitos processuais. Nas ações dos índios contra a FUNAI ou a UNIÃO e seus órgãos, o Ministério Público deve participar da relação processual como interessado na condição de assistente dos indígenas em função de sua legitimação extraordinária. Segundo Dallari (1991, s.n):

Na prática a defesa pelos órgãos federais foi muito deficiente até 1988, quando pela nova Constituição brasileira foi reafirmada e ampliada a competência do Ministério Público Federal para a defesa dos direitos dos índios. Até então essa defesa havia ficado na dependência das iniciativas do órgão federal incumbido do exercício da tutela indígena, a FUNAI que, além de ter sido escandalosamente omissa, muitas vezes promoveu e apoiou ações públicas e privadas contrárias aos direitos dos índios. Com base nos dispositivos do Estatuto do Índio, várias comunidades indígenas assumiram sua própria defesa, inclusive judicialmente, suprimindo em parte as deficiências e os desvios da FUNAI. E agora com o efetivo do MPF, os direitos indígenas passaram a ser defendidos com muito mais eficiência. Assinale-se, ainda, que a CF de 1988 deu competência à JF para o julgamento dos casos envolvendo direitos dos índios. Essa particularidade é mais do que um simples pormenor.

Para Marczynski (1991 s.n.):

Toda incapacidade provém de situações ou condições de fato que acarretam para o agente uma diminuição no contexto social e jurídico no qual age, uma *capitis diminutio* [...] É também o silvícola membro de uma entidade etnicamente distinta e definida. Não é só distinta, é discriminada. A comunidade indígena aparece como inferior pelo pequeno contingente demográfico, pela vulnerabilidade às doenças civilizadas e pelas características de uma cultura que se mostra incompreensível. São tais as pressões da sociedade “civilizada” que a imagem preconceituosa e negativa construída pelos nacionais acaba inculcada no índio, que passa a ver-se a si mesmo pelos olhos do branco e fica por isso tolhido em seu entendimento, vontade e ação.

Cabe anotar que a Convenção nº. 169, da OIT, em vigor a partir do Decreto Presidencial nº. 5.051, de 19 de abril de 2004, revoga tacitamente a legislação interna que lhe for contrária, as quais, no caso presente, se referem a toda interpretação do direito interno que crie obstáculos de acesso ao Poder Judiciário mediante a negação do direito dos índios de pessoalmente iniciarem um processo judicial, inclusive contra o Estado, sem a necessidade prévia de representação pelo ente tutor.

A interpretação do artigo 3º, item “1”, e do artigo 12, da Convenção 169 da OIT, somente pode levar à conclusão que os autóctones têm plena capacidade processual para a

defesa dos direitos indígenas em juízo contra o Estado, sem prejuízo da necessária tutela da FUNAI quando for requerida ou necessária, pois a tutela é instituída em benefício dos índios e não pode impedir que eles propusessem as ações que entenderem necessárias, sem se perquirir a respeito de sua capacidade civil.

No âmbito nacional são poucos os precedentes que reconhecem a legitimação constitucional ao processo dos índios, independentemente da legitimação extraordinária e, ainda assim, de forma restrita. Apenas a título de ilustração transcre-se a seguir uma decisão monocrática do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face da r. sentença monocrática proferida em demanda proposta em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando a obtenção do benefício de salário-maternidade previsto nos artigos 71 e 73, conjuntamente com os artigos 39, parágrafo único, e 11, VII, todos da Lei nº 8.213/91. A r. sentença recorrida indeferiu a inicial e julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, com fulcro no artigo 267, IV, do Código de Processo Civil, em razão da autora, que é de origem indígena, não ter feito prova nos autos de ter atingido a condição de integrada, nem ter demonstrado estar assistida pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, a FUNAI. Entendeu o D. Juízo monocrático que a parte autora não teria capacidade processual para estar em juízo. Isso por si só não dá azo à extinção do processo; daria ensejo a sua nulidade, à luz do inciso I, do artigo 13 do Código de Processo Civil, caso não fosse sanado o defeito dentro do prazo estipulado pelo juiz. Ao compulsar os autos, verifica-se que não foi aberta vista ao Ministério Público no 1º grau de jurisdição, estando em manifesto confronto com o que determina o artigo 232 da Carta Magna: “Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.” [...] Posto isso, dou provimento ao recurso da parte autora, nos termos do §1º- A, do artigo 557 do Código de Processo Civil, para anular a r. sentença, com a consequente remessa dos autos à Vara de origem para o regular processamento do feito. Certificado o decurso in albis do prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de origem [...]. (TRF3, 8ª Turma, AC 1006120/MS, Rel. Desembargadora Federal Marianina Galante, DJU - 19/10/2005, p. 563).

Neste sentido, a atuação da FUNAI e do Ministério Público Federal na defesa dos índios não estaria inibida pelo reconhecimento da capacidade do índio para demandar diretamente em desfavor do Estado tutor. Ao contrário, quando os conflitos envolvam índios e não índios, a atuação tutelar supletiva é obrigação legal e constitucional do Estado, como aconteceu no caso do conflito agrário entre fazendeiros e índios na cidade de Naviraí - MS.

A Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região acatou as razões do Ministério Público Federal e suspendeu a execução de mandado de reintegração de posse

concedida pela 1ª Vara Federal de Naviraí - MS em favor de fazendeiros com os seguintes argumentos:

A ocorrência recente de conflito naquela região, que resultou no homicídio de um indígena por disparo de arma de fogo de grosso calibre e na violenta agressão física de pelo menos outros três, com prática de tortura e tentativa de homicídio, de que decorreram lesões corporais, conforme fotos ilustrativas de fls. 62 a 68 e portaria de instauração de inquérito policial de fls. 70/72, aliada ao manifesto propósito dos ocupantes da área disputada de lá permanecerem a despeito da ação da polícia, revelando a exaltação de ânimos reinante, robustecem a ameaça de iminente violência e derramamento de sangue, que surge conter. Nesse cenário, a remoção forçada de mais de um cento de pessoas carregadas de ressentimentos antigos e recentes, fruto de históricos conflitos pela terra, dispostas a arriscar a vida, contém por certo a potencialidade de causar grave lesão à ordem pública, a ensejar o deferimento da medida excepcional aqui requerida, com o escopo de evitar a perda de vidas humanas em número imprevisível, caso se concretize o conflito. De outra parte, reforça a plausibilidade das alegações do requerente o conteúdo do “Relatório Antropológico de Identificação e Delimitação da terra indígena Sombrierito” trazido aos autos, já aprovado pela Coordenação Geral de Identificação e Delimitação (CGID) da FUNAI [...]. (TRF3. Suspensão de Liminar nº 2736 – MS.2005)

Finalmente, reitera o alerta de Habermas (2002, p. 296-297), no sentido de que o reconhecimento da capacidade processual do autóctone contra o Estado não poder servir de pretexto para afastar a tutela estatal quando os índios figurarem no polo passivo das ações, pois neste caso, longe de se garantir direitos àqueles que se encontre em situações de risco, estar-se-ia criando novo fator de discriminação e marginalização.

2.1 CAPACIDADE CIVIL E A TUTELA DO ESTADO

2.1.2 A evolução dos direitos indígenas

Berno (2011, p.7)⁴ em brilhante trabalho sobre a legitimação constitucional “*ad processum*” dos índios, citando Souza Filho (1993, p. 297) afirma que a tutela dos índios pelo Estado tem origem na Lei de 27 de outubro de 1831, que revogou as Cartas Régias de 1808, as quais declaravam guerra aos índios de São Paulo e Minas Gerais e autorizava a escravidão por quinze anos dos prisioneiros. Antes disso, a legislação sobre os índios era omissa e havia um grande número de situações de fato indefinidas, com muitos índios em regime de servidão ou escravidão. Segundo o autor, a nova legislação tinha caráter libertário, pois instituía em favor dos índios aprisionados ou que se entregassem durante o estado de guerra a tutela

⁴ BERNO, Alexandre Alberto. A legitimação constitucional “*ad processum*” dos índios. Revista TRF 3ª Região nº 107, p. 7, maio e jun./2011.

orfanológica, ou seja, seriam socorridos pelo Tesouro do Estado até que os Juízes de Órfãos lhes encontrassem trabalho por meio do qual os índios pudessem sobreviver. Era manifesto o objetivo de integração dos índios.

O decreto de 3 de junho de 1833 encarregou os Juízes de órfãos da administração dos bens dos índios em substituição aos extintos Ouvidores das Comarcas, o que foi confirmado pelo Regulamento n.º 143, de 15 de março de 1842. Marés afirma que a tutela prevista na legislação de 1831 somente aplicava-se aos índios cativos, ao passo que a administração dos bens dos índios estabelecida pela legislação de 1833 e 1842 aplica-se a todos os índios do Brasil. Ambas as legislações, aparentemente, teriam um caráter protecionista, porém, representaram as origens do tratamento preconceituoso e restritivo a partir da redução jurídica da capacidade do índio. Os índios, não somente os cativos ou em processo de integração, mas, todos, agora tutelados pelo Estado através do Juiz de Órfãos, não mais tinham a disponibilidade sobre seus bens. Posteriormente, o decreto 426, de 24/7/1845, tratou de estabelecer o regulamento das missões de catequese e civilização dos índios, atribuindo à Igreja Católica a responsabilidade pelos índios.

Souza Filho (2005, p. 92) cita uma história exemplar de como a tutela indígena serviu muito mais como instrumento de opressão do que de proteção. O Superior Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em julgamento realizado no dia 25/10/1898, mandou que se retirasse da mãe indígena o filho menor e entregado aos Juízes de órfãos que melhor poderiam alocar o menino em família substituta porque a mãe era “verdadeira selvagem, como afirma o próprio impetrante, se vê da certidão de fls. 20 e se evidenciou de sua presença no Tribunal, ignorando inteiramente a língua portuguesa, cujo conhecimento é um dos requisitos da legislação especial para entrada do índio na vida social, e que por essa razão deve estar ela mesma sujeita à jurisdição do juiz de órfãos”.

O Tribunal entendeu, por maioria, que a índia teria pátrio poder sobre o filho e, por unanimidade, que sendo a mãe selvagem e não podendo gerir sua própria vida nos termos da legislação civil, também não poderia gerir a de seu filho, razão pela qual a criança deveria ser entregue ao Juiz de Órfãos. As legislações do século XIX atribuíam aos Juízes de Órfãos uma dupla função, ou seja, proteger a pessoa dos índios libertos do cativeiro gerado por guerras e proteger os bens de todos os índios, inclusive os não aldeados e os não contatados. Estas funções fortaleceram o entendimento de que todos os índios estavam sob tutela orfanológica a partir da República, com evidente restrição aos direitos sobre suas próprias pessoas e sobre seus bens.

A Lei 601, de 18/9/1850, estabeleceu a disciplina das terras tidas como devolutas, reservas indígenas e registro de imóveis. As Constituições posteriores e a legislação ignoraram a questão indígena. Somente em 1910 foi criado o SPI - Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais, com o objetivo de avançar com os programas de integração do índio à vida nacional, inspirado nos ideais republicanos de manutenção da integridade territorial nacional, os quais negavam todo e qualquer direito ou reconhecimento dos índios como povo ou nação.

O Código Civil de 1916 estabelecia no artigo 6º, que os silvícolas eram “incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de exercê-los”. E o parágrafo único do mesmo artigo 6º, dispôs que os índios “ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará na medida em que se forem adaptando à civilização do país”.

Desse modo, a tutela dos índios prevista estava em flagrante contradição jurídica na medida em que se trata de instrumento de proteção individual em função de uma situação excepcional de incapacidade. Assim, não poderia ser aplicada a toda uma coletividade de indivíduos como regra geral e os artigos 406 a 485 do Código Civil de 1916, que se referem à tutela de incapazes, não seriam aplicáveis aos índios sob o aspecto sistêmico, ou seja, dependeria de regulamentação por leis especiais. A incapacidade relativa do índio não podia ser considerada auto aplicável.

O Decreto n.º 5.484, de 27 de junho de 1928, dispunha que seriam considerados emancipados todos os índios que estivessem sob a tutela orfanológica, porém, também criava restrições à capacidade civil do índio, estabelecendo categorias das populações indígenas conforme o grau de integração à sociedade “civilizada” e exigindo a representação dos índios por agentes do Estado nos negócios jurídicos que celebrassem, sob pena de nulidade. Novamente se contrapõem os objetivos protecionistas com aqueles restritivos da capacidade dos índios na administração de seus bens. Segundo Souza Filho (2005, p. 305):

A partir de 1928, portanto, sem revogar o Código Civil, já não se deveria mais falar em tutela, mas em capacidade e nulidade de atos praticados sem a participação dos funcionários responsáveis, o que vale dizer, sem a participação do Estado. Este novo instituto jurídico de caráter Público poderia ter ganho um nome próprio, coisa que a lei de 28 não fez, mantendo o nome de tutela e entregando ao Estado, que a exerceria por meio do SPI [...].

Como já se poderia prever, o SPI serviu muito mais a interesses de certos grupos e pessoas da sociedade civilizada incrustados no Estado do que o próprio interesse dos índios até a criação da Fundação Nacional do Índio – FUNAI em 1967.

A Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, conhecida como “Estatuto do Índio”, determinou a aplicação dos princípios da tutela de direito civil aos índios, na prática, derogando tacitamente a legislação de 1928, que havia estabelecido um regime de tutela pública dos índios. O retorno da aplicação do direito de civil e de família quanto à tutela dos índios tem efeitos diversos em relação à responsabilidade do Estado, mantido como órgão tutor, ou seja, uma pessoa jurídica sujeita a um regime de direito Público. Em plena ditadura militar, a mudança representou um retorno à tutela orfanológica dos índios com o nítido objetivo de integrar o índio à sociedade civilizada.

O direito a terra é um dos principais focos de conflito na medida em que o tratamento dos índios como povo implicaria no reconhecimento e demarcação das áreas por eles tradicionalmente ocupadas, contrariando os interesses de desenvolvimento e exploração de recursos naturais pelo Estado e elites. Isto porque o termo tutela, sob o ponto de vista estrito do direito civil como um instituto do direito de família, não pode ser confundido com o termo “tutela” no sentido de responsabilidade pública do Estado pelo fomento, fiscalização, proteção e implantação de políticas públicas.

O Estatuto retirou a autonomia das comunidades indígenas para gerir seus próprios bens, transformando-os, praticamente, em absolutamente incapazes do ponto de vista do direito civil. Tudo de que os índios não integrados necessitassem deveria em tese ser provido pelo Estado ao passo que os integrados à sociedade civil perderiam a condição de tutelados. O Estatuto pretendeu evitar a responsabilidade objetiva do Estado, inerente ao regime da tutela de direito Público, retornando ao antigo sistema da tutela orfanológica ou da responsabilidade civil aquiliana. Este regime impulsionava o índio à integração e perda de seus direitos indígenas na medida em que as comunidades não podiam gerir os meios para sua sobrevivência e o Estado tutor era manifestamente omissor na promoção de políticas sociais que atendessem os interesses indígenas.

O direito civil individualista negou aos índios qualquer direito coletivo, fazendo valer apenas os seus direitos individuais através da propriedade registral, Souza Filho (2003, p. 77). Para o Estado e a elite, o direito de manter seu modo de vida tradicional era incompatível com a exploração econômica de seus próprios bens pelos indígenas. Esta opção estava atrelada ao plano de desenvolvimento nacional na medida em que era muito mais fácil atribuir direitos individuais aos índios e não os de esfera coletiva porque o poder e os meios de vindicação eram muito restritos.

A Constituição Federal de 1988 inicia um novo capítulo na seara dos direitos indígenas. O reconhecimento internacional ao direito à diferença das minorias influenciou na

mudança de posicionamento e no artigo 231 da Carta Magna constou: “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

A Constituição impõe um dever ao Estado de proteger os índios e fazer respeitar todos os seus bens como povo que supera o regime tutelar de direito civil e felizmente resgata o conceito de tutela pública dos indígenas. E, além disso, estabelece que o Estado não pode interferir no direito de autodeterminação dos povos indígenas e veda qualquer prática estatal ou privada que possa restringir ou agredir tais direitos. As normas do Estatuto do Índio são insuficientes para descrever todo o âmbito da tutela de direito Público, resgatada pela Constituição Federal de 1988. O projeto do novo Estatuto do Índio em trâmite pelo congresso nacional brasileiro não pode olvidar a estes novos aspectos coletivos dos direitos dos povos indígenas, em contraposição evolutiva do antigo regime individualista e integracionista até então desenvolvido.

O Código Civil brasileiro, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em seu artigo 4º, parágrafo único, expressamente dispôs que a capacidade civil dos silvícolas (manteve a antiga denominação dos índios) será regulada por legislação especial. Consagra, portanto, o entendimento de que a tutela orfanológica é inaplicável aos índios atualmente. Além disso, deixa margem a dúvidas quanto à possibilidade de aplicação do Estatuto do Índio de 1973, pois indica que as normas quanto à capacidade do índio ainda serão fixadas por legislação especial. Ora, caso estivesse se referindo ao Estatuto do Índio, conteria o verbo determinativo no presente e não previsão para o futuro. Muito embora o Estatuto de 1973 não tenha sido revogado expressamente, deve ser visto com reservas em relação ao novo posicionamento da Constituição Federal que aflorou um novo aspecto da tutela de direito Público pelo Estado.

Finalmente, a Convenção n.º 169, da OIT, ratificada pelo Brasil em 19/4/2004, é o diploma internacional que reafirma a posição do Estado no implemento dos direitos humanos. Ela prevê a diversidade étnica e cultural dos povos indígenas e reforça os direitos dos índios a terra e aos recursos naturais nelas existentes, inclusive quanto ao direito de escolha de desenvolvimento econômico, social e cultural, segundo seus modos de vidas tradicionais. Como observa Santos Filho (2006, p. 16-21), no atual panorama jurídico, “[...] os índios gozam do direito de ser diferente, o que não significa a existência de uma inferioridade de direitos, ao contrário, explicita que aos indígenas não podem ser negados direitos deferidos aos cidadãos brasileiros [...]”.

2.2 NOVA PERSPECTIVA E ANTIGAS PRÁTICAS

Em que pese a Constituição Federal de 1988, ter trazido e elencado diversos direitos indígenas, muitos desses direitos constitucionais dependem de regulamentação. Atualmente, permanece em vigor o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) que segue os preceitos integracionistas da antiga Convenção 107 da OIT, e do Código Civil brasileiro de 1916, além de outros instrumentos específicos, como a lei e o decreto referentes à demarcação de terras indígenas. O Estatuto do Índio estabelece, em seu Artigo 3º, que é "índio ou silvícola todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional".

Os indígenas estavam classificados pelo Código Civil brasileiro de 1916, de acordo com o seu grau de aculturação, em silvícolas ou adaptados. Os "silvícolas" estão incluídos na categoria dos "relativamente incapazes", juntamente com o grupo de maiores de 16 e menores de 21 anos (CCB, Art. 6º). De acordo com a doutrina, essa incapacidade relativa deveria ser uma proteção e não uma restrição. Essa incapacidade legal não impede que eles possuam os direitos comuns, de propriedade, reunião, trânsito, etc.; e eles estão protegidos por presunção da lei. Tal incapacidade se extingue na medida em que os índios "silvícolas" se adaptam à "civilização do País".

O Estatuto do Índio, que regula essa incapacidade (Lei 6001/73), considera que os índios estão 'integrados' quando são incorporados à comunidade nacional e reconhecidos em pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem os usos, costumes e tradições característicos da sua cultura. Nesse caso, cessa a sua capacidade relativa como "silvícolas". Além disso, o Estatuto, em seu Art. 4º, subdivide os indígenas em "isolados", "em vias de integração" e "integrados". Todos os indígenas, tanto individualmente como comunidades ou como organizações, podem ser partes em juízos em defesa dos seus direitos e interesses, cabendo ao Ministério Público intervir, em todos os casos, em caráter tutelar.

A FUNAI exerce, por lei, a representação total dos "silvícolas". O Estatuto do Índio inclui disposições que visam a fazer respeitar os valores, usos e costumes indígenas. O Estatuto indica, por exemplo, que a assistência aos menores para fins educacionais deve ser prestada, quando possível, sem separá-los da sua convivência familiar ou tribal. Estabelece, igualmente, que é crime contra a cultura indígena utilizar o índio ou a comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição com finalidade de lucro (Estatuto do Índio, art. 58, II).

No processo de integração do índio, corresponde à União, aos Estados e aos Municípios, bem como a outros órgãos, respeitar a comunidade nacional, a coesão das comunidades indígenas, seus valores culturais, tradições, usos e costumes, conforme dispõe o Estatuto do Índio em seu art. 2º, inc. VI. O Estatuto dispõe, no inc. V do já mencionado artigo, que se deve garantir aos índios a permanência voluntária no seu habitat próprio, provendo-os de recursos para seu desenvolvimento e progresso. Também é crime contra a cultura indígena ridicularizar uma cerimônia, rito, uso, costume ou cultura tradicional indígena, vilipendiá-la e perturbar, de qualquer forma, a sua prática, conforme prescreve o art. 58, inciso I do referido Estatuto.

O Estatuto do Índio de 1973, contudo, tal como se encontra, contraria o estabelecido na Constituição de 1988, em muitos dos seus dispositivos. O principal contraste está em que hoje não existe mais a perspectiva integracionista que é o espírito do Estatuto de 1973. Foi uma grande conquista dos índios e organizações que os apoiam, que a Constituição de 1988 abolisse a ideia de que os índios devem ser assimilados culturalmente, segundo a orientação traçada pela convenção n.º 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre os povos indígenas e tribais. Essa convenção supera a antiga perspectiva integracionista da Convenção 107, da OIT, e passa a prever o direito à diferença dos povos autóctones, com a obrigação dos Estados de reconhecimento e defesa dos direitos coletivos desses povos. O Brasil ratificou a referida convenção, que passou a vigorar a partir do Decreto Presidencial n.º 5.051, de 19 de abril de 2004. Esta nova perspectiva certamente influenciará o projeto de lei sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas (PL 2057/91), que atualmente está em trâmite no congresso nacional. Segundo os princípios invocados na exposição de motivos da convenção 169, da OIT:

[...] Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram; Observando que em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão frequentemente; Lembrando a particular contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais [...].

O desafio que está posto. Cabe não só aos índios, mas também às suas organizações, entidades de apoio, universidades, Ministério Público e outros mais assegurar a plena efetividade ao texto constitucional. Sabe-se que se trata de um processo lento, que está inclusive condicionado à tarefa de conscientização da própria sociedade. O êxito dependerá

necessariamente do grau de comprometimento diário nessa direção por parte de todos os que atuam na questão.

3 JURIDIÇÃO E COMPETÊNCIA NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO.

3.1 JURISDIÇÃO

A jurisdição é uma função intrinsecamente ligada à soberania do Estado, que reservou exclusivamente para si o exercício jurisdicional, esse, efetivado através dos órgãos estatais. É uma atividade fundamental do Estado assim como as atividades legislativas e administrativas.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p. 131-133) a definem como sendo uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Em outras palavras, apregoam os autores que através do exercício da função jurisdicional, o que busca o Estado é fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial.

De igual forma, Tourinho Filho (2003, vol. 2, p.49) conceitua jurisdição como aquela função do Estado consistente em fazer atuar, pelos órgãos jurisdicionais, que são os juízes e Tribunais, o direito objetivo a um caso concreto, obtendo-se a justa composição da lide. Reforça ainda que esse poder de aplicar o direito objetivo aos casos concretos, por meio do processo, e por um órgão desinteressado, imparcial e independente, surgiu, inegavelmente, como impostergável necessidade jurídica à própria sobrevivência do Estado.

Segundo Lopes Junior (2008, v1, p. 402) dentre os princípios que regem a jurisdição, estão a inércia, a imparcialidade, o juiz natural e a indeclinabilidade da jurisdição. Aquele significa que o poder somente poderá ser exercido mediante prévia invocação, sendo vedada a atuação “*ex officio*” do magistrado. A imparcialidade, por sua vez, exige um afastamento estrutural, um alheamento em relação à atividade das partes. A imparcialidade vale dizer, não significa neutralidade. Não existe juiz neutro e nem se pode pensar que a decisão seja fruto unicamente da razão, pelo fato de o juiz ser um ser vivo no mundo, bem como já ter sido superada a noção cartesiana (que separava razão da emoção, separando sujeito e objeto), não se questiona mais que o ato de julgar reflete um sentimento, uma eleição de significados válidos na norma e das teses apresentadas. Seguindo o entendimento de Binder (2003, p. 249) significa, portanto, que, para a resolução do caso, o juiz não deve se deixar influir por nenhum outro interesse senão pela aplicação correta da lei e a justa solução do caso.

Para Figueiredo (2004, p. 322) o princípio do juiz natural consiste no direito fundamental dos cidadãos a que uma causa seja julgada por um tribunal previsto com o competente por lei anterior, e não ‘*ad hoc*’ criado ou tido como competente.

Por fim, afirma Lopes Júnior (2008, p. 406) que o princípio da indeclinabilidade da jurisdição significa que o juiz natural não pode declinar ou delegar a outro o exercício de sua jurisdição. E, vale destacar, as garantias já citadas – e a própria garantia da jurisdição – perderiam suas razões se fosse possível o juiz furtar-se de proferir a decisão.

3.2 COMPETÊNCIA

O instituto jurídico da competência surge, através desta demarcação da jurisdição estatal, como sendo a parte da jurisdição a que cabe cada órgão, mais especificamente, como sendo o âmbito no qual magistrado pode exercer a jurisdição.

Segundo Rangel (2005, p. 320), competência é o espaço, legislativamente delimitado, dentro do qual o órgão estatal, investido do poder de julgar, exerce sua jurisdição. Binder (2003, p.248) esclarece que a referida delimitação se dá por motivos práticos: a necessidade de dividir o trabalho dentro de um dado Estado por motivos territoriais, materiais e funcionais.

Segundo Gonçalves; e Reis (2012, p. 147) a delimitação do poder jurisdicional dos juízes e dos tribunais denomina-se competência. O art. 69 do Código de Processo Penal estabelece sete critérios para a fixação da competência:

- I. lugar da infração;
- II. domicílio ou residência do réu;
- III. natureza da infração;
- IV. distribuição;
- V. conexão ou continência;
- VI. prevenção;
- VII. prerrogativa de função

Cada um dos critérios previstos no código tem finalidade e utilidade diversas. As competências pelo lugar da infração e pelo domicílio (ou residência) do acusado têm a finalidade de estabelecer o foro (a comarca) onde se dará o julgamento. Uma vez fixada a comarca, é o critério da natureza da infração que apontará a justiça competente (Eleitoral, Militar ou Comum). Dentro da mesma justiça, a natureza da infração pode ainda levar o julgamento a varas especializadas, como, por exemplo, ao Júri, ao Juizado Especial Criminal

para as infrações de menor potencial ofensivo, ou ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Por fim, fixados o foro e a justiça, será possível que coexistam vários juízes igualmente competentes. Assim, caso algum deles tenha se adiantado aos demais na prática de algum ato relevante, ainda que antes do início da ação, estará ele prevento e será o competente. Se, entretanto, não houver nenhum juiz prevento, deverá ser feita a distribuição, uma espécie de sorteio, para que os autos sejam direcionados a um juiz determinado (aquele a quem foi feita a distribuição).

Para Lopes Junior (2008, v1, p. 408) a definição da justiça competente demanda uma análise pela esfera mais restrita das justiças especiais, na seguinte ordem: Justiça Militar Federal, Justiça Militar Estadual e Justiça Eleitoral. Não sendo nenhuma delas competente, analisa-se a Justiça Comum, começando-se pela federal e indo-se à estadual. Disso extrai-se, desde já, uma importante conclusão: um crime só será de competência da justiça comum estadual quando não for de competência de nenhuma das justiças especiais e nem da justiça comum federal.

3.2.1 Competência Material

No achado de Garcia (s.d, online), tem-se que na seara da competência material, três são os aspectos a serem obedecidos na delimitação do exercício do poder jurisdicional: a natureza da relação de direito (*ratione materiae*), a qualidade da pessoa do réu (*ratione personae*) e o território (*ratione loci*).

Como vimos, não é possível ao juiz conhecer de todas as causas, por isso, de acordo com a determinação constitucional e infraconstitucional, inclusive de normas de organização judiciária, lhe é permitido conhecer algumas causas específicas. Daí a competência estabelecida segundo a relação de direito ou, ainda, em consonância com o Código Processual Penal, a competência fixada pela natureza da infração (art. 69, III).

O exercício jurisdicional também é delimitado pela qualidade da pessoa do réu, de tal sorte que nem todos os juízes estão autorizados a exercer a jurisdição sobre qualquer indivíduo, devendo-se observar a função pública exercida pelo autor da infração, que poderá conferir-lhe o direito a foro especial por prerrogativa de função (art. 69, VII, CPP).

Os vários órgãos jurisdicionais, dentro de suas respectivas competências, sofre ainda nova delimitação quanto ao poder de julgar, considerando-se, desta feita, o território, é a

competência definida em razão do lugar da infração (art. 69, I, CPP) ou da residência ou domicílio do réu (art. 69, II, CPP).

3.2.2 Competência em razão do lugar da infração

Expressamente prevista no artigo 69, inciso I, do Código de Processo Penal a competência fixada pelo lugar da infração, ou *forum delicti commissi*, é a regra para a determinação do juiz a quem incumbe o exercício do poder jurisdicional (artigo 70, 1ª parte, do CPP) naquele caso concreto. Mais precisamente, entende-se que o lugar onde se consumou a infração penal é o que firma a competência para o processo e julgamento da causa, pois é justamente neste foro onde há maior facilidade para coligir os elementos probatórios necessários à constatação da materialidade e à certeza da autoria. Ademais, é o lugar onde o exemplo de repressão é exigido.

Entenda-se foro como o território dentro de cujos limites o juiz exerce a jurisdição. Sob este prisma, Cintra, Dinamarco e Grinover (2003 p. 230) esclarecem que:

Nas Justiças dos Estados o foro de cada juiz de primeiro grau é o que se chama comarca; na justiça federal é a seção judiciária. O foro do Tribunal de Justiça de um Estado é todo o Estado; o dos Tribunais Regionais Federais é a sua região, definida em lei (c. Const., art. 107, par. ún.), ou seja, o conjunto de unidades da Federação sobre as quais cada um deles exerce jurisdição; o do Supremo Tribunal de Federal, do Superior Tribunal de Justiça e de todos os demais tribunais superiores é todo o território nacional (Const., art. 92, par. ún.).

Afirma Mirabete (2000, p. 167) que o artigo 70 do Código de Processo Penal ao prever que a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução, adota claramente a chamada Teoria do Resultado. Em contrapartida, o Código Penal, ao definir o lugar do crime (art. 6º), estabelece que, considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado, consagrando, para o Direito Penal, a Teoria da Ubiquidade. Sobre o tema, manifesta-se Mirabete asseverando que a superveniência da Lei nº 7.209/84, que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal, não alterou a regra do artigo 70, caput, do CPP, já que o artigo 6º daquele Estatuto refere-se ao lugar do crime para os efeitos de Direito Penal e não como regra de competência.

Apregoa Garcia (s.d, online) que prevalece, para a determinação da competência, o lugar da consumação do crime, onde, em consonância com o artigo 14, inciso I, do próprio

Código Penal é possível se reunir todos os elementos para a definição do delito. Nesse sentido, a Súmula 200 do STJ orienta que "o juízo federal competente para processar e julgar acusado de crime de uso de passaporte falso é o lugar onde o delito se consumou".

Excetuando a regra geral, a Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, optou pela Teoria da Ubiquidade, posto que, em seu artigo 63, prescreve que "a competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal". Nesse particular, esta regra, interpretada em conjunto com o artigo 6º do Código Penal, onde se tem por praticado o crime "no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado", resultou na adoção da teoria da ubiquidade pela lei especial, resolvendo-se qualquer conflito pelo critério da prevenção.

Tourinho Filho (2003, p.76), entretanto, diverge desde posicionamento. Para o ilustre jurista, o termo "praticada", utilizado no art. 63 da Lei dos Juizados Especiais, tem o sentido de realizada, executada, consumada.

Nos casos de tentativa, a segunda parte do artigo 70, *caput*, do CPP, define que a competência será firmada pelo lugar em que for praticado o último ato de execução, assim entendido com o último ato comissivo ou omissivo praticado pelo agente.

Os parágrafos 1º e 2º do artigo 70 do código de processo penal versam sobre as hipóteses dos chamados crimes á distância ou de espaço máximo, onde estão em evidência a jurisdição de dois ou mais países soberanos. Dispõem os citados dispositivos legais que "se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumir fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução" (§1º) e "quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado" (§2º).

Conforme preceitua o artigo 70 do CPP, seu §3º estipula que quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção. Neste caso específico, Mirabete leciona que a sede do delito se equipara a sede do juízo, tornando-se prevento o órgão jurisdicional que primeiro tiver praticado algum ato do processo ou de medida a este relativa (art. 83, CPP).

Quanto aos delitos qualificados pelo resultado, como seria o caso dos previstos nos artigos 127, 129, §3º, 133, §§1º e 2º, 135, parágrafo único, 136, §§1º e 2º, 137, parágrafo único, 148, §2º, 157, §3º, 159, §§2º e 3º, 223, parágrafo único, 258, 263 e 264, parágrafo

único, todos do Código Penal, a doutrina entende que a consumação ocorre onde se verifica um dos eventos que majoram a pena.

Dissertando sobre o assunto, Tourinho Filho (2003, p.95) bem o sintetiza:

"Pois bem: diz o nosso Código que o crime se consuma quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal. Assim, para saber se houve ou não a consumação, deve o intérprete atentar para a definição legal do tipo. E, como definir um crime é dar os elementos que o constituem, deverá o intérprete investigar se o fato praticado reúne todos os elementos do tipo penal. [...] Ora, nos delitos qualificados pelo resultado, que os alemães chamam *durch den Erfolg qualifizierte Delikte*, o segundo resultado, isto é, aquela circunstância agravadora, que pode ser a morte ou a lesão grave, funciona como diz Soler, como verdadeiro elemento constitutivo, e, assim, tal circunstância, nessas modalidades de crimes, é de capital importância para a definição legal do tipo".

O Projeto de Lei 8045/2010, que institui a reforma do Código de Processo Penal (2010, online, s.p), alterou significativamente tais dispositivos, tendo estabelecido enquanto lugar da infração o local onde foram praticados os atos de execução e, ainda, no caso de permanência e continuidade, determina a competência do juiz sob cuja jurisdição tiver cessada a permanência ou a continuação, ou no local em que forem praticados os últimos atos de execução.

Colaciona-se o art. 98 do Projeto, que prevê as referidas alterações:

Art. 98. A competência, de regra, e com o objetivo de facilitar a instrução criminal, será determinada pelo lugar em que forem praticados os atos de execução da infração penal.

§1º Quando não for conhecido ou não se puder determinar o lugar da infração, bem como nos crimes praticados fora do território nacional, a competência será fixada pelo local da consumação. Não sendo este conhecido, a ação poderá ser proposta no foro de qualquer domicílio ou residência do réu.

§2º Se os atos de execução forem praticados fora do território nacional, a competência será fixada pelo local da consumação ou onde deveria produzir-se o resultado.

§3º No caso de infração permanente ou infração continuada, praticada em mais de um lugar, será competente o juiz sob cuja jurisdição tiver cessada a permanência ou a continuidade delitiva.

§4º Nas demais hipóteses, quando os atos de execução forem praticados em lugares diferentes, será competente o foro da consumação ou, em caso de tentativa, o do último ato de execução.

§5º A competência territorial do juiz das garantias poderá abranger mais de uma comarca, conforme dispuserem as normas de organização judiciária, e sem prejuízo de outras formas de substituição.

O art. 88 do Código de Processo Penal prevê que, na hipótese de extraterritorialidade, será competente o juízo da capital do Estado onde houver por último residido o acusado, mas se este nunca tiver residido no Brasil, a competência será do juízo da capital da República. A regra foi reafirmada pelo Projeto de Lei 8045/2010 (2010, online, s.p), no art. 104.

3.2.3 Competência pelo domicílio ou residência do réu

Seguindo o achado de Garcia (s.d, online), a regra para se determinar a competência em limites territoriais brasileiros é a do *locus delicti commissi*. Na impossibilidade, contudo, de se conhecer o lugar em que foi cometida a infração penal, prevê o artigo 72 do Código de Processo Penal que a competência seja fixada pelo domicílio ou residência do réu *forum domicilii*. Tem-se, destarte, um critério subordinado, subsidiário, um foro supletivo para o exercício jurisdicional nos casos concretos em que não for conhecido o lugar onde o delito foi perpetrado e o critério da prevenção não puder ser aplicado.

Tourinho Filho (2003, p.111) alerta que domicílio e residência são expressões com significados distintos. Não obstante isso, o Código de Processo Penal não define uma nem outra, o que força o intérprete a recorrer ao Código Civil para dirimir suas dúvidas. O artigo 70 do Código Civil (Lei 10.406/02) define o domicílio da pessoa natural como o "lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo". Infere-se, assim, que a residência tem um caráter mais transitório, exprimindo unicamente o fato da habitação. O domicílio, por sua vez, exprime algo mais permanente: a intenção de fixar residência.

Transpondo para o Processo Penal as definições constantes nos artigos 70 e seguintes do diploma civil de 2002 (antigos art. 31 e seguintes do código civil de 1916), Mirabete (2000, p.175) esclarece que deve-se entender que a competência é determinada pelo domicílio (residência com ânimo definitivo, centro de ocupações habituais, na falta de ambos o ponto central de negócio ou, na falta dos anteriores, o lugar onde for encontrado) ou pela residência (simples local de habitação ou morada).

Sobre o tema, Tourinho Filho (2003, p.111) afirma que:

O legislador, tendo em vista a distinção que, no cível, se estabelece entre domicílio e residência, procurou, no campo processual penal, solucionar o problema de competência de maneira mais simples: tanto no domicílio como na residência poderá tramitar a causa penal.

Caso o réu possua várias residências, considerar-se-á seu domicílio qualquer uma delas, art. 71 do Código Civil (Lei 10.406/02). Na hipótese de não ter residência habitual, o foro competente será aquele onde for encontrado art. 73 do Código Civil (Lei 10.406/02). Em último caso, não se sabendo seu paradeiro, a competência será fixada por prevenção, na forma dos artigos 83 e 72, §2º, do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/1941).

A competência também poderá ser determinada pelo domicílio ou residência do réu, mesmo quando conhecido o lugar da infração, é o que pode ocorrer nos casos referentes à

ação privada exclusiva, bastando que, para tanto, o querelante expresse sua vontade nesse sentido é o que preconiza o art. 73 do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/1941).

3.2.4 Competência em razão da matéria ou natureza da infração

Na lição de Mirabete (2000, p.176), determinada a competência pelo lugar da infração ou, eventualmente, pelo domicílio ou residência do réu (*ratione loci*), é preciso fixá-la em razão da matéria (*ratione materiae*), se é da Justiça Especial (Militar, Eleitoral etc.) ou da Justiça Comum (Federal ou Estadual). Dirimida essa questão referente à competência do Juízo, deve-se buscar, na hipótese de haver vários juízes, aquele competente em razão da natureza da infração caso não tenham todos a competência plena (para todas as infrações), hipótese em que é ela determinada pela distribuição. A competência em razão da natureza da infração não constitui, portanto, critério de fixação do Juízo, mas de fixação do juiz.

Dispõe o artigo 74 que a "competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri". É a lei de organização judiciária (federal ou estadual) que vai determinar a competência de juiz, podendo estabelecer critérios variados para a divisão: a) da qualidade da pena principal (reclusão, detenção, multa); pelo elemento subjetivo (crimes dolosos e culposos); pela natureza da infração penal (crimes, contravenções); pelo bem jurídico protegido (vida, integridade corporal, patrimônio, fé pública etc.), pela espécie da lei penal (comum, especial) etc. Compete sempre ao Tribunal do Júri, porém, o julgamento dos crimes previstos nos art. 121, § 1º, 121, § 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados (art. 74, § 1º). A Constituição Federal de 1988, aliás, assegura para o Júri a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, incluindo-se, portanto, o crime de genocídio (art. 1º, a, da Lei nº 2.889, de 1º-10-56). Trata-se, porém, de competência mínima, nada impedindo que a lei ordinária lhe atribua a competência para outros crimes previstos na lei penal comum ou especial.

Afirma Mirabete (2000, p.176), que se discutiu por muito tempo a competência para o julgamento do crime de latrocínio, argumentando muitos que ele caracterizava o crime de homicídio praticado para assegurar a execução de outro crime (art. 121, § 2º, V. do CP). O latrocínio, entretanto é crime contra o patrimônio, tendo em vista a objetividade jurídica final, e deve ser classificado no artigo 157, § 3º, 2ª parte, do CP, não estando na competência do Tribunal Popular.

A controvérsia foi dirimida pelo STF ao editar a Súmula 603: A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri.

Pode ocorrer durante o processo a desclassificação do crime, ou seja, ser dada ao fato classificação diversa daquela feita pela denúncia ou queixa. Dispõe, assim, o artigo 74, § 2º: "Se, iniciado o processo perante um juiz, houver desclassificação para infração da competência de outro, a este será remetido o processo, salvo se mais graduada for a jurisdição do primeiro, que, em tal caso, terá sua competência prorrogada." Assim, se o juiz verificar que é incompetente para o processo em decorrência da desclassificação operada durante a instrução ou quando for proferir a sentença, deve remeter o processo ao juiz competente. Suponha-se, por exemplo, que o juiz se convença pelas provas de que o acusado de um homicídio culposo praticou realmente um homicídio doloso, deverá remeter os autos ao juiz competente para os processos que devem ser decididos pelo Júri. Há, entretanto, uma exceção a tal regra. Se a jurisdição do juiz que desclassifica a infração for mais graduada que a do juiz competente, terá ele sua competência prorrogada, ou seja, continuará a presidi-lo até o final.

3.2.5 Competência determinada pela distribuição

Tourinho Filho (2003, p.251), afirma que havendo mais de um juiz competente na comarca, a competência firmar-se-á pela distribuição, que nada mais é do que um instituto disciplinador de serviços, significando a repartição dos processos entre juízes igualmente competentes. Dispõe o artigo 75: "A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente". É mais um caso de determinação da competência do juiz (da vara) e não critério para fixação do juízo.

A distribuição constitui matéria de organização judiciária e por isso a União ou ao Estado, conforme o caso deve disciplinar a matéria com normas peculiares. É ela, entretanto, obrigatória no caso de haver dois ou mais juízes no juízo competente.

Com a distribuição se determina, portanto, a competência do juiz, ao mesmo tempo em que se reparte igualmente o trabalho entre os juízes. Além disso, na distribuição há o registro dos feitos, patenteando-lhes a existência. São ocorrências próprias da distribuição: a compensação (correção de erro ou falta, atribuindo-se um novo feito ao prejudicado, a pedido dele ou *ex officio*); a dependência (atribuição do feito a juiz que tenha prevenido a competência, dada a relação desse feito com outro já distribuído); e baixa na distribuição

(cancelamento de distribuição anterior, para efeito de redistribuição a juiz que venha a ser tido como competente).

Por vezes, antes da ultimação do inquérito, o juiz pratica atos jurisdicionais nos autos. Por isso, dispõe o artigo 75, parágrafo único: "A distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal". Isso significa que, findo o inquérito em que houve uma dessas medidas judiciais, evidentemente precedido de distribuição, que não será ele novamente distribuído, mas enviado àquele juiz que praticou aqueles atos. Como bem observa Hélio Tornaghi, (1988, s.p) a redação do dispositivo é inadequada, pois o que ele quer dizer é que a distribuição para aquelas medidas "dispensará a distribuição da ação penal e prevenirá o juízo".

3.2.6 Competência determinada pela conexão ou continência

As regras de competência poderão vir a sofrer alterações em decorrência de duas hipóteses denominadas de conexão e continência, ambas previstas no Código de Processo Penal nos artigos 76 e 77, respectivamente. Assim, é possível afirmar que conexão e continência representam, na opinião de Lopes Júnior (2008, p. 445), "verdadeiras causas modificadoras da competência", ou, ainda, para Badaró (2008, p.128) típicos casos de "prorrogação da competência" que acabam, portanto, modificando a competência de um magistrado para julgar determinado processo. Tais causas que alteram a competência estão relacionadas à questão da pluralidade de crimes ou da pluralidade de agentes, o que então faz com que se reconheça que tais institutos estão vinculados a uma busca pela harmonização e padronização da matéria probatória (na sua valoração) ou da própria decisão judicial (a fim de evitar decisões conflitantes sobre as mesmas questões).

É isso que leciona Lopes Júnior (2008, p. 445) ao referir que:

Na conexão, o interesse é evidentemente probatório (...). Já na continência, o que se pretende é, diante de um mesmo fato praticado por duas ou mais pessoas, manter uma coerência na decisão, evitando o tratamento diferenciado que poderia ocorrer caso o processo fosse desmembrado e os agentes julgados em separado.

Abrão e Riege (on line, s.p), citando Badaró (2008, p.130), afirma que além da finalidade de harmonização e padronização da questão probatória e de evitar decisões judiciais conflitantes, é possível ainda apontar que tanto a conexão quanto a continência estão

também relacionadas a uma questão de economia processual, na medida em que evita a repetição inútil de atos probatórios com mesma finalidade em processos distintos. Ademais, asseguram uma reconstrução mais fiel dos fatos, na medida em que permitem a compreensão e análise de todo o material probatório.

Com o instituto da conexão, previsto no artigo 76 do Código de Processo Penal o que se pretende é o agregar da análise de dois ou mais crimes em um mesmo processo, ou seja, é o “unir crimes em um mesmo processo”. Lopes Júnior (2008, p. 445)

Assim, verifica-se que é requisito fundamental para que haja conexão a pluralidade de crimes, independentemente de ocorrer ou não pluralidade de agentes, bem como estará a conexão estreitamente vinculada a finalidade de harmonização da matéria probatória, conforme se revela do artigo 76:

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

- I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;
- II – se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;
- III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Apregoa Abrão e Riege (on line, s.p), que a modalidade de conexão prevista no inciso I do artigo 76, denominada de conexão intersubjetiva, apresenta três modalidades, podendo ser: a) ocasional, simultânea ou eventual (prática de crimes por “várias pessoas reunidas”, sem ajuste prévio, combinação ou reunião prévia entre os agentes); b) por concurso (“várias pessoas em concurso”, efetivo concurso de pessoas, inclusive com prévio ajuste e combinação para a prática de crimes); ou c) recíproca (“várias pessoas, umas contra as outras”).

O caso do inciso II trata da chamada conexão objetiva, quando o crime poderá ser praticado por apenas uma pessoa, desde que haja a finalidade de facilitar ou ocultar a prática de outras infrações, ou ainda para garantir a impunidade ou a vantagem da prática delituosa.

Por fim, a terceira modalidade de conexão, elencada no inciso III, é a chamada conexão instrumental ou teleológica, estando diretamente vinculada a questão probatória entre duas ou mais infrações.

Enfim, a conexão é um fator de modificação da competência, e não um critério de fixação em abstrato, devendo haver pluralidade de infrações concomitantemente (ou não) com pluralidade de agentes.

O artigo 77 refere-se a competência pela continência. Na lição de Mirabete (2000, p.180), diz-se que há continência quando uma coisa está contida em outra, não sendo possível a separação. No processo penal a continência é também uma forma de modificação da competência e não de fixação dela. Em primeiro lugar a competência é determinada pela continência "quando duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração" (art. 77, I). É a hipótese da prática do crime em concurso de pessoas em que duas ou mais pessoas colaboram para a prática de uma infração penal (art. 29, do CP), eventualmente em lugares diversos ou por pessoas que gozam do foro por prerrogativa de função. Haverá unidade de processo e julgamento nessas hipóteses embora, em princípio, houvesse juízos ou juizes diversos para cada um dos participantes do ilícito.

Dispõe ainda o artigo 77 que a competência é determinada pela continência "no caso de infração cometida nas condições previstas nos art. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal". A referência é feita a dispositivos originais do Código Penal, agora substituídos pelos art. 70, 73 e 74 da nova Parte Geral. Refere-se à lei ao concurso formal de crimes, em que, com uma mesma conduta o agente pratica dois ou mais crimes (art. 70); ao erro na execução (*aberratio ictus*), em que, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, além de atingir a pessoa que pretendia ofender lesa outra (art. 73, 2ª parte); e ao resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis*), em que, fora da hipótese anterior, o agente além do resultado pretendido, causa outro (art. 74, 2ª parte).

Na hipótese de conexão ou continência em que foram instauradas ações penais separadas, o juiz com o foro prevalente deve avocar o processo em curso em outro juízo; o não prevalente deve remeter os autos à autoridade judiciária competente.

3.2.7 Competência determinada pela prevenção

A competência pode ser determinada, ainda, pela prevenção (art. 69, VI). Mirabete (2000, p.185) lecionando sobre o tema diz que prevenção vem de *prevenire*, que significa vir antes, chegar antes, antecipar, que em direito significa o conhecimento anterior. Dispõe o artigo 83: Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (art. 70, 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c)". Diz-se, então, prevenida ou preventa a competência de um juiz quando ele se antecipa a outro, também

competente, por haver praticado algum ato ou ordenado alguma medida do processo, mesmo antes do oferecimento da denúncia ou da queixa.

Cita-se como exemplos de atos anteriores ao oferecimento da denúncia e da queixa a decretação da prisão preventiva, a concessão da fiança, o reconhecimento de pessoas ou coisas etc. Caso típico também é o do pedido de explicações em juízo nos crimes contra a honra previstos no artigo 144 do CP e artigo 25 da Lei nº 5.250, de 9-2-67 (Lei de Imprensa). Outro é o da diligência de busca e apreensão no processo dos crimes contra a propriedade imaterial. A prática desses atos impede a posterior distribuição dos autos do inquérito, que deverão ser encaminhados ao juiz que os praticou. Far-se-á, no caso, o registro de distribuição por dependência. Difere, pois, a prevenção no processo penal daquela do processo civil, que exige a citação válida (art. 219 do CPC).

Refere-se a lei a atos do juiz, nada significando para a prevenção os atos praticados no inquérito pela autoridade policial.

Seguindo ainda o ensinamento de Mirabete (2000, p.185), tem-se que a prevenção também firma a competência quando se trata de infração continuada (art. 71 do CP) ou permanente (como exemplos os artigos, 148, 149, 159, 219 do CP), praticadas em território de duas ou mais jurisdições (art. 83 c. c. art. 71, do CPP). A prevenção ainda fixa a competência, evidentemente, se dois inquéritos policiais sobre os mesmos fatos foram distribuídos a dois juízes criminais igualmente competentes, ou se é proposta ação em que há continência ou conexão com outra em andamento.

A regra do artigo 83 do CPP, porém, não soluciona apenas o conflito positivo de competência, ou seja, não resolve a questão apenas quando há dois ou mais juízes competentes. Cita ele o artigo 70, § 3º, que se refere à incerteza do limite territorial entre duas ou mais jurisdições ou a ocorrência de consumação ou tentativa nas divisas de duas ou mais jurisdições. Nessas hipóteses, a competência é fixada pela prevenção.

Também fixa a competência "se o réu tiver mais de uma residência" ou "se não tiver residência ou for ignorado o seu paradeiro", isto se não for conhecido o lugar da infração (art. 72, §§ 1º e 2º). Por fim, a prevenção fixa a competência quando, de outra forma não se puder firmar a competência por conexão ou continência no concurso de jurisdições da mesma categoria (art. 78, II, c).

Evidentemente não há que falar em prevenção se em processos diversos os fatos ou as pessoas são diferentes, quando prevalece o lugar da infração mais grave, ou em que ocorreu o maior número de infrações.

De acordo com a jurisprudência também não previne a jurisdição: o pedido de habeas corpus, matéria especificamente constitucional, a decretação da prisão temporária por Juiz Corregedor da Polícia Judiciária, a remessa de cópia de auto de prisão em flagrante, o mandado de segurança em que se objetivava a reunião; a extração de peças pelo juiz e seu encaminhamento ao Ministério Público, medida correcional e não jurisdicional etc. O STF também já decidiu que o julgamento de apelação por uma das Câmaras Criminais que anula a sentença não previne a jurisdição para o julgamento de nova apelação. A praxe tem consagrado o entendimento de que a justificação para o pedido de revisão deve ser feita perante o juízo onde ocorreu o processo. Essa mesma praxe não vê nenhum valor nas justificações processadas perante outros juízos, mesmo sendo criminais.

3.2.8 Competência determinada pela prerrogativa de função

Como se sabe, um dos critérios determinadores da competência estabelecidos em nosso Código de Processo Penal é exatamente o da prerrogativa de função, conforme está estabelecido nos seus art. 69, VII, 84, 85, 86 e 87. Evidentemente que estas disposições contidas no código processual têm que ser cotejadas com as normas constitucionais (seja pela Constituição Federal, seja pelas Constituições dos Estados) e pela jurisprudência, especialmente a do Supremo Tribunal Federal. (AMPEB Associação do Ministério Público do Estado da Bahia - A competência por prerrogativa de função e os agentes políticos, 2010, online, s.p.).

Desde logo, observa-se que a competência por prerrogativa de função é estabelecida, não em razão da pessoa, mas em virtude do cargo ou da função que ela exerce razão pela qual não fere qualquer princípio constitucional, como o da igualdade (art. 5º, caput) ou o que proíbe os juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII). Aqui, ninguém é julgado em razão do que é, mas tendo em vista a função que exerce na sociedade. Como diz Tourinho Filho:

Enquanto “o privilégio decorre de benefício à pessoa, a prerrogativa envolve a função. Quando a Constituição proíbe o ‘foro privilegiado’, ela está vedando o privilégio em razão das qualidades pessoais, atributos de nascimento... Não é pelo fato de alguém ser filho ou neto de Barão que deva ser julgado por um juízo especial, como acontece na Espanha, em que se leva em conta, muitas vezes, a posição social do agente” (2002, p.126).

Na lição de Mirabete (2000, p. 187), fala-se em competência *ratione personae* (em razão da pessoa), quando o Código deixa bem claro que a competência é ditada pela função da pessoa, tendo em vista a dignidade do cargo exercido e não do indivíduo que o exerce. É usual

também o nome de foro privilegiado, agora mais aceitável, já que a Constituição Federal de 1988 não menciona proibição ao foro privilegiado, mas apenas a juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII). Na realidade não pode haver privilégio às pessoas, pois a lei não pode ter preferências, mas é necessário que leve em conta a dignidade dos cargos e funções públicas. Há pessoas que exercem cargos e funções de especial relevância para o Estado e em atenção a eles é necessário que sejam processados por órgãos superiores, de instância mais elevada. O foro por prerrogativa de função está fundado na utilidade pública, no princípio da ordem e da subordinação e na maior independência dos tribunais superiores.

As hipóteses de foro especial previstas na Constituição Federal estão separadas de acordo com os órgãos constantes na estrutura do Poder Judiciário.

Assim, pela ordem, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, "nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República (art. 102, I, b, CF/88) e "nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente" (art. 102, I, c, CF/88).

Ensina Scarance Fernandes (2007, p.85), que, para o STF, a competência por prerrogativa de função atinge também crime eleitoral e até mesmo a contravenção penal.

Ao Superior Tribunal de Justiça compete processar e julgar, originariamente, nos termos do art. 105, I, a, da Lei Maior:

"nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais."

Contudo, no que concerne aos crimes eleitorais, o entendimento do próprio STJ é no sentido de que prevalece a competência da Justiça Eleitoral, no particular o Tribunal Superior Eleitoral, para o processo e o julgamento do delito, uma vez tratar-se de órgão jurisdicional especializado para conhecimento da matéria.

Os Tribunais Regionais Federais são competentes para o processo e o julgamento dos juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do

Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade e dos membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 108, I, a, CF/88).

Aos Tribunais Estaduais, compete o julgamento dos prefeitos municipais (art. 29, X, CF/88) e dos juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como dos membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 96, III, CF/88). Ainda em relação aos Tribunais Estaduais, preceitua o artigo 125 da Carta Magna que aos Estados, observados os preceitos constitucionalmente firmados, incumbe a organização de sua Justiça e que "a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça" (art. 125, §1º, CF/88).

Pelo princípio da simetria, as autoridades estaduais que ocuparem cargos ou exercerem funções equivalentes aos de âmbito federal têm a prerrogativa de ser julgadas por órgão jurisdicional superior que represente o equivalente estadual ao previsto na Lei Maior para os cargos federais. É de se atentar, porém, que o STJ já decidiu ser inconstitucional dispositivo constante em Constituição Estadual que institua foro por prerrogativa de função não prevista na Constituição Federal ou em lei federal.

Scarance Fernandes (2007, p.85), em referência à Justiça Eleitoral, afirma que "no tocante ao processo e julgamento de autoridades sujeitas, em relação ao crime comum, ao Tribunal de Justiça Estadual, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça atribuem a competência ao Tribunal Regional Eleitoral".

Urge salientar que nos casos de competência por prerrogativa de função o local onde o delito foi cometido não é relevante, sendo sempre ressalvada a competência originária dos órgãos jurisdicionais. Infere-se, portanto, que se um Promotor de Justiça do Distrito Federal, por exemplo, for acusado de um crime praticado em São Paulo, deverá ser processado e julgado perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, e não perante o do *locus delicti commissi*. De igual forma, se um Procurador da República ou um Juiz Federal, em exercício no TRF da 1ª Região, cometer um crime em São Paulo, não responderá perante o TRF da 3ª Região, mas perante o de 1ª Região, com sede e jurisdição em Brasília.

Com bastante proficiência, Mirabete (2000, p. 188) ressalta que:

"os dispositivos constitucionais sobre prerrogativa de função, alteraram, evidentemente, os artigos 86 e 87 do Código de Processo Penal com relação à competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação (de Justiça, de Alçada), além de acrescentar hipóteses de competência de nova Corte, o Superior Tribunal de Justiça".

Interessante notar que a competência por prerrogativa de função, quando for o caso de concurso de pessoas, abrangerá também, *ex vi* art. 77, I, e 78, III, do CPP, pessoas que não gozam diretamente de foro especial. Contudo, consoante a jurisprudência, se a denúncia contra a pessoa que desfruta do foro especial for rejeitada, os demais denunciados, não beneficiados originalmente pela prerrogativa de função, serão processados e julgados segundo as regras gerais de competência, ou seja, o julgamento retorna para o primeiro grau de jurisdição (RT 740/643).

O artigo 85 do Código de Processo Penal prevê nova situação em que se assegura o foro especial por prerrogativa de função a pessoas que originariamente dele não poderiam se beneficiar. Vejamos: "Nos processos por crime contra a honra, em que forem querelantes as pessoas que a Constituição sujeita à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, àquele ou a estes caberá o julgamento, quando oposta é admitida a exceção da verdade".

Magalhães Noronha, citado por Mirabete (2000, p. 190), leciona que a razão para tanto é clara:

"Movida ação por pessoa que goza de foro especial contra o autor da ofensa à sua honra, é óbvio que o processo deve ocorrer perante a justiça comum, mas, oposta a *exceptio veritatis*, isto é, propondo-se o acusado demonstrar a verdade do fato que imputou, fato que acarretará consequências nocivas e prejudiciais e, eventualmente, até ação penal contra o ofendido, tudo aconselha a que o processo em curso, com a exceção de verdade, seja apreciado pelo juízo competente conforme o foro por prerrogativa de função. Este que é competente para o processo do querelante é também para apreciar a exceção da verdade oposta contra ele. Dá-se agora, prorrogação e competência do foro especial".

Mirabete (2000, p. 190) bem lembra que, dentre os crimes contra a honra previstos na legislação penal, o artigo 85 do CPP somente é aplicável para os casos de calúnia, pois na injúria não se admite a exceção de verdade e na difamação, ainda que admitida a *exceptio veritatis*, não há imputação de fato definido como crime, mas apenas de fato ofensivo à reputação.

Nos casos de crime doloso contra a vida, em que o réu gozar de foro especial por prerrogativa, boa parte da doutrina entende que a competência para o processo e o julgamento será do foro especial e não do Tribunal do Júri, desde que a prerrogativa de função não esteja prevista em constituição estadual, em lei processual ou em normas de organização judiciária. Nesses casos, deverá prevalecer a norma constitucional.

Outros, porém, consideram o Tribunal do Júri como uma garantia individual, posto que inserido no rol do artigo 5º da Constituição Federal. Nesse diapasão, elencado o sobredito

instituto como cláusula pétrea, deve sempre sobrepor-se ao foro especial por prerrogativa de função.

Como a competência por prerrogativa de função relaciona-se diretamente ao cargo ou função que a pessoa ocupe ou exerça, parece óbvio afirmar que a mesma não se estende aos delitos perpetrados após a cessação definitiva do exercício funcional, conforme apregoa a Súmula 451 do STF.

3.3 DO CONFLITO DE JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

Consoante a doutrina de Mirabete (2000, p.227), não só pelas exceções referidas na legislação se resolvem as questões relativas à competência. Em uma ação penal, ou, eventualmente, em dois processos em que se discuta unidade de juízo, junção ou separação de processos, a competência pode ser objeto do denominado conflito de jurisdição. A palavra "jurisdição", no caso, não significa o poder de decidir com autoridade, de dizer o direito, que todo juiz tem, mas significa "competência", sua limitação.

Segundo Lenza (2014, p.203), parte da doutrina costuma estabelecer distinção entre conflito de jurisdição e conflito de competência: o conflito de jurisdição é aquele que ocorre entre órgão da Justiça Comum e órgão de Justiça Especial, entre órgãos de diferentes Justiças Especiais ou, ainda, entre órgãos de Justiças Comuns de estados federados diversos, ao passo que conflito de competência é a divergência estabelecida entre dois ou mais órgãos da mesma justiça.

Prosseguindo na doutrina de Mirabete (2000, p.227), fala-se também em "conflito de jurisdição em sentido próprio" que só é possível entre as unidades federadas (Estados, Distrito Federal e Territórios) ou entre estas e a União, e em "conflito de competência", para o estabelecido entre juízes e tribunais da mesma "jurisdição" (da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios). Entretanto, a Constituição Federal denomina "conflito de jurisdição" ao estabelecido "entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal", de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I), e os verificados "entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, o, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos", de competência do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, d).

Não distingue, assim, entre "conflito de jurisdição" propriamente dito e "conflito de competência" Mirabete (2000, p.227).

Afirma Rios; Reis (2014, p.203), que não só pela exceção correspondente é que se resolvem as questões atinentes à competência, mas também pelo conflito positivo ou negativo de competência (art. 113 do CPP), que é o mecanismo processual de que dispõe o juiz para impedir que a ação desenvolva-se perante órgão jurisdicional diverso daquele a quem o ordenamento entrega a apreciação da causa.

É natural que a lei preveja a possibilidade de o juiz, e não apenas das partes, zelar pela observância das regras de distribuição da competência, uma vez que há interesse Público envolvido na questão: no tocante aos critérios *ratione personae* e *ratione materiae* a competência do juízo é pressuposto de validade da relação processual. No que se refere à competência *ratione loci*, presume-se que a prova será mais facilmente produzida perante o juízo competente.

Dar-se-á o conflito de competência, nos termos do art. 114 do CPP:

- a) quando duas ou mais autoridades judiciárias se considerarem competentes, ou incompetentes, para apreciar determinado fato criminoso;
- b) quando existir controvérsia entre órgãos jurisdicionais sobre unidade de juízo, junção ou separação de processos.

Fundamentado no dispositivo supracitado, Lopes Jr. (2014, p.203), lecionando, afirma que haverá o conflito negativo de jurisdição ou de competência quando duas ou mais autoridades judiciárias se disserem igualmente incompetentes para o julgamento. Será positivo o conflito quando dois juízes (ou tribunais) se acharem igualmente competentes para o julgamento do processo.

O conflito será de jurisdição quando ocorrer entre órgãos da jurisdição especial (Militar e Eleitoral); entre órgãos da jurisdição especial e comum (Federal ou Estadual), bem como entre órgãos da Justiça Comum Federal em relação a outro da Justiça Estadual. Será de competência o conflito quando ocorrer entre órgãos julgadores pertencentes à mesma “Justiça” e vinculados ao mesmo tribunal.

Na opinião de Mirabete (2000, p.228), os conflitos de competência entre juízes e tribunais "geram uma crise tanto no processo quanto fora dele; interrompem a marcha normal do procedimento, trazem a perplexidade, diferem a distribuição da justiça e ameaçam afastar o jurisdicionado de seu “juiz natural”, isto é, daquele juiz que a Constituição e as leis reputam o mais aparelhado para fazer justiça". E para evitar que tal ocorra o meio é o conflito de jurisdição, processo incidental e preliminar, já que da exata fixação da competência depende a validade ou até a própria existência dos atos decisórios. Não há que se falar em conflito de jurisdição, porém, se um dos processos já conta com sentença transitada em julgado. Diz-se

na Súmula nº 59 do STJ: "Não há conflito de competência se já existe sentença com trânsito em julgado, proferida por um dos juízos conflitantes (código de processo penal art. 114 e 115)".

3.3.1 PROCESSAMENTO

Seguindo a lição de Mirabete (2000, p.229), o conflito deve ser suscitado mediante representação quando levantado por juízos ou tribunais, e sob a forma de requerimento quando pela parte interessada ou pelo custos legis. Para a defesa, o momento oportuno para ser suscitado o conflito negativo de jurisdição é o da defesa prévia, mas quando se trata de discutir a incompetência absoluta pode ser formulado a qualquer tempo.

A cerca do assunto prescreve o art. 115 do código de processo penal vigente:

O conflito de jurisdição pode ser suscitado:

I - pela parte interessada;

II - pelos órgãos do Ministério Público junto a qualquer dos juízos em dissídio;

III - por qualquer dos juízes ou tribunais em causa.

Observa Rios; Reis (2014, p.204), se arguido por juiz ou tribunal, o conflito será suscitado sob a forma de representação; acaso seja levantado pela parte ou pelo Ministério Público, ganhará forma de requerimento.

Em qualquer hipótese, deverá o suscitante arguir o conflito, por escrito e circunstanciadamente, perante o tribunal competente, expondo os fundamentos e juntando os documentos comprobatórios (art. 116 do CPP).

Cuidando-se de conflito negativo, pode ser suscitado nos próprios autos, pois o processo, obviamente, não terá prosseguimento até que seja dirimida a questão (art. 116, § 1º, do CPP).

E ainda, na concepção de Rios; Reis (2014, p.204), em se tratando de conflito positivo, formar-se-ão autos próprios. Distribuído o feito, poderá o relator determinar imediatamente que se suspenda o curso do processo (art. 116, § 2º, do CPP). Ordenada ou não a suspensão do processo, o relator requisitará informações às autoridades em conflito, remetendo-lhes cópia do requerimento ou representação. Recebidas as informações, será ouvido o órgão do Ministério Público e, em seguida, o conflito será decidido na primeira sessão, salvo se houver necessidade de diligência instrutória. Proferida a decisão, as cópias necessárias serão remetidas às autoridades contra as quais tiver sido levantado o conflito ou que o houverem suscitado, para a sua execução.

3.3.2 COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO

O Código de Processo Penal refere-se ao "tribunal competente" para julgar o conflito de jurisdição, mas não discrimina os órgãos judiciários que devem apreciá-lo. A competência, portanto, é estabelecida na Constituição Federal, nas Constituições dos Estados, nas leis processuais e de organização judiciária e nos regimentos internos dos tribunais. Mirabete (2000, p.230).

Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar "os conflitos de jurisdição entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal" (art. 102, I, o, da CF).

Compete ao Superior Tribunal de Justiça, julgar "os conflitos de jurisdição entre quaisquer tribunais, ressalvada o disposto no art. 102, I, o, bem como entre tribunais e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos" (art. 105, I, d, da CF). É da sua competência, portanto, dirimir o conflito de competência entre juiz de direito e auditor militar.

Compete aos Tribunais Regionais Federais, julgar "os conflitos de jurisdição entre juízes federais vinculados ao Tribunal" (art. 105, I, d, da CF), e, de acordo com a Súmula 3 do STJ, também o "conflito de competência verificado, na respectiva Região, entre o Juiz Federal e Juiz Estadual investido na jurisdição federal".

Na Justiça Militar, o conflito deve ser suscitado perante o Superior Tribunal Militar (art. 114 do CPPM). Segundo a Súmula 555 do STF, "é competente o Tribunal de Justiça para julgar o conflito de jurisdição entre juiz de direito do Estado e a Justiça Militar local". Os conflitos entre os Tribunais Regionais Eleitorais ou Juízes eleitorais de Estados diferentes são julgados pelo TSE (art. 22, I, d, do Código Eleitoral); se entre juízes do mesmo Estado, o competente é o Tribunal Regional Eleitoral (art. 29, I, b, do Código Eleitoral).

Não é admissível conflito do Supremo Tribunal Federal com outro tribunal, faltando, aliás, o órgão que o solucionaria. Por isso, dispõe o artigo 117 que "o Supremo Tribunal Federal, mediante advocatória, restabelecerá a sua jurisdição, sempre que exercida por qualquer dos juízes ou tribunais inferiores". A advocatória é "a carta ou mandado que passa um juiz para vir ao seu juízo a causa que corre em outro diverso, e cujo conhecimento lhe pertence". Entretanto, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que, com a superveniência da Constituição Federal de 1988, que não prevê mais o instituto da advocatória para o STF, como na antiga Carta (art. 119, I, o), ou qualquer outro Tribunal, tal instituto político-processual foi extinto. Mirabete (2000, p.231).

4 DA COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR O INDÍGENA

Castilho⁵ (s.d, p. 1) em excelente trabalho com o tema “A competência nos crimes praticados por ou contra indígenas”, afirma que desde que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no seu artigo 109, inciso XI, que é da competência dos Juízes Federais, processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas, várias têm sido as dificuldades em definir teoricamente as hipóteses em que tais disputas caracterizam efetivamente casos concretos de competência da Justiça Federal.

Percorrendo os termos da disciplina geral do artigo 109 da Constituição Federal de 1988, percebe-se que o regime da competência jurisdicional federal se orienta: Pela existência de causas envolvendo o interesse da União ou entidades de sua administração como autoras, rés, assistentes ou oponentes; Pela ocorrência de crimes em detrimento dos seus respectivos interesses e aqueles previstos em leis especiais ou tratados e a bordo de navios ou aeronaves e nas hipóteses de ações específicas (mandado de segurança, habeas data, execução de carta rogatória e sentença estrangeira, ações de nacionalidade e habeas corpus).

Quando se trata dos direitos indígenas, no entanto, ressalvado o interesse da União, a competência se define tão só pela existência de disputa sobre eles e essa é uma circunstância decisiva tanto para a adequada compreensão quanto para a exata aplicação do preceito.

Mas, esse conceito de disputa, como categoria constitucional que se relaciona com direitos indígenas e que deles recebe necessariamente a inspiração do seu respectivo regime jurídico, terá, além disso, de reconstruir-se também a partir da lógica de suas características essenciais, o que significa dizer que a disputa que a Constituição contempla no inciso XI do artigo 109 é mais do que uma disputa porque é uma disputa sobre direitos indígenas, não se podendo nunca deixar de ter em conta essa qualidade e essa perspectiva específica toda vez que se tiver de manejar seu conceito.

Nessa linha, não é essencial para a existência de uma disputa sobre direitos indígenas, a apuração de interesse jurídico (na acepção processual clássica). Também não parece fundamental que se identifique uma pretensão resistida ou que as partes sejam processualmente capazes ou que o objeto da demanda seja lícito, tudo sugerindo, ao contrário, a desnecessidade da comprovação escrupulosa de requisitos lógico-formais abstratos como pressupostos para o reconhecimento de uma disputa sobre direitos indígenas. Esses deverão ser objeto dessa proteção jurisdicional independentemente de outros requisitos justo porque a Constituição ao referir-se à disputa sem ressalvas quis assentar que qualquer disputa

⁵ Manoel Lauro Volkmer de Castilho. Juiz Federal do TRF 4ª Região.

envolvendo direitos indígenas ficasse sob o exame da jurisdição federal. Aliás, parece necessário deixar claro que as disputas sobre direitos dos indígenas, referidas no art. 109, XI da Constituição, têm de ser entendidas como relacionadas, ou mesmo abrangendo, também as disputas sobre interesses dos indígenas, visto que, cabendo ao Ministério Público “defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas” (art. 129, V, CF), a interpretação conjugada dos dois preceitos leva à conclusão de que não só os direitos, mas igualmente os interesses dos indígenas devem ser protegidos perante a jurisdição federal, entregue, pois ao Ministério Público Federal a co-legitimação respectiva.

A Lei Complementar n.º 75/93⁶, reforça esse entendimento, pois contém disposição convergente ao estabelecer que cabe ao Procurador da República o exercício da ação em favor dos indígenas, resultando daí que, conquanto nada registre o texto constitucional, a comissão do artigo 129, V, só pode ser entendida como entregue aos órgãos do Ministério Público Federal. Essa conclusão, de resto, vai ao mesmo rumo da que se extrai da interpretação sistemática do art. 231, da CF, que atribui à União, em várias passagens, a responsabilidade pela proteção dos direitos e interesses dos índios, o que, na falta, autoriza a atuação do Ministério Público, o qual só pode ser de nível federal.

Pela mesma razão, a regra do art. 232 da CF deve ser lida com essa extensão. Assim, quando a Constituição utiliza a expressão “disputa sobre direitos indígenas” em verdade está referindo disputas sobre direitos ou sobre interesses indígenas que, assim identificadas, devem ser examinadas na jurisdição federal.

Dentre os direitos inerentes aos indígenas não podemos olvidar, que igualmente a todo e qualquer cidadão, tem resguardado pela Constituição Federal o direito à vida, a igualdade, a liberdade, a segurança e propriedade, sendo o cumprimento destes de incumbência da União Federal. Alinhando-se a estes e constituindo um arcabouço específico, a legislação infraconstitucional brasileira elenca diversos outros direitos, a exemplo do Estatuto do Índio que apesar das deficiências apontadas apresenta uma política de tutela do direito às terras indígenas, o Projeto de Lei (n. 2.057/91), que se encontra em tramitação, amplia os direitos indígenas legalizando o direito autoral, a proteção ao conhecimento tradicional, a representação segundo seus usos e costumes, direito de participação em instâncias oficiais relativas à questão indígena, proteção aos recursos naturais dentre outros, dos quais em razão de serem indispensáveis para o cumprimento de uma proteção integral das populações

⁶ Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

indígenas, destaca-se o direito a saúde, a educação e o direito sobre as terras consideradas indígenas. Souza; Barbosa (2011, online, s.p).

O Projeto de Lei n. 2.057/91, que institui o Estatuto das Sociedades Indígenas, está em trâmite no Congresso Nacional a mais de vinte e quatro anos e o Projeto de Lei n. 8045/2010 que visa à reforma do Código de Processo Penal, também aguardado votação no Congresso Nacional, vem definindo como competente a justiça federal para julgar todos os crimes em que o indígena figure como autor ou vítima, apontando uma solução para o problema neste trabalho exposto.

4.1 DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUA CRÍTICA.

Seguindo a citada lição de Castilho (s.d, p. 1), nota-se que a jurisprudência que se vem consolidando não observa o mesmo rigor e a mesma lógica. Ao contrário, os precedentes têm se orientado pelo caso concreto e pelas circunstâncias próprias do evento criminoso submetido a julgamento, sendo que a lógica das decisões tem atendido a cogitações de senso comum e esquecido a necessária aplicação do “regime jurídico indígena” derivado de suas tradições, crenças, costumes, organização social e direito originário sobre suas terras que a Constituição formalmente reconheceu e protege. De fato, a análise dos precedentes do Supremo Tribunal Federal que mais de perto enfrentaram o tema parece mostrar além desse casuísmo, uma certa indefinição com relação aos fundamentos da competência, quase sempre recusando implicitamente a interpretação abrangente que o texto formal da Constituição, todavia sem dúvida suporta.

No Habeas Corpus n.º 65.912-8 MG, Relator Ministro Célio Borja, a 2ª Turma do STF, unânime, em 6 de maio de 1988 (DJ 24.06.88), portanto antes da Constituição de 1988 e da vigência da regra do seu art. 109, XI, denegando a ordem, entendeu competente a Justiça Federal para apreciar uma ação penal por crime de morte cometido por fazendeiros mineiros contra índios Xakriabas (município de Itacarambi/MG). Para tanto valorizou, no voto do Relator do acórdão impetrado (RHC n.º 6.819, no TRF), o fato do crime ter-se dado dentro da reserva indígena e ter-se caracterizado como delito contra interesse da União, pois que toda a “ação delituosa praticada em prejuízo da política nacional de proteção ao índio se enquadra na categoria de crimes afetos à competência dos juízes federais como espécie dos crimes cometidos em detrimento de bens interesses e serviços da União...”.

À época, a Constituição de 1967 não previa hipótese de competência específica para as disputas sobre direitos indígenas. Mesmo assim o STF reconheceu que a política oficial indigenista ficara prejudicada pelo homicídio de índios por fazendeiros que cobiçavam suas terras. Viu aí o STF uma hipótese de interesse da União porque lhe compete a responsabilidade pela política de proteção dos indígenas.

No Recurso Extraordinário n.º 179.485/AM, Relator o Ministro Marco Aurélio, a 2ª Turma do STF, à unanimidade, em 6 de dezembro de 1994 (RTJ 158/736), assentou que no caso de genocídio de indígenas a competência era da Justiça Federal porque dentre os direitos protegidos pela cláusula “disputa sobre direitos indígenas” se haveria de compreender logicamente o direito à vida, valendo sublinhar no voto do Min. Néri a anotação de que a Constituição não seguiu “nem a técnica de menção a ‘causas’, em se referindo à matéria civil, nem a ‘crimes’, em se referindo à matéria criminal” e que o conceito de disputa assumia no inciso XI do art. 109 uma conotação própria do sistema constitucional vigente.

No Habeas Corpus n.º 71.835/MS, Relator o Ministro Francisco Rezek, a 2ª Turma do STF, por maioria (vencidos Min. Velloso e Néri), em 4 de abril de 1995 (RTJ 161/878), apreciando um caso em que dois índios provocaram a morte de um terceiro dentro da reserva em Caarapó/MS, decidiu que a competência era da Justiça Federal, pois que – na linha do precedente no RE 179.485/AM e segundo Fonteles (1993, s.n) – teria havido ofensa à vida de índio – que é o caso em que, do modo mais pungente, se disputam direitos e porque “disputa” tem sentido constitucional abrangente. A ressalva dos votos vencidos prendeu-se à consideração de que a morte de um índio por outro, não atenta contra os direitos previstos no art. 231 CF e por isso não configura “disputa” sobre direitos indígenas (Min. Velloso), assinalando o Min. Néri especialmente que a discussão de tal fato não se poderia conter dentro da cláusula “direitos indígenas”.

No Recurso Extraordinário n.º 192.473-0/RR, Relator para o acórdão o Ministro Maurício Corrêa, a 2ª Turma, por maioria (vencidos o Rel. Min. Néri e Min. Velloso), em 4 (quatro) de fevereiro de 1997 (DJ 29.08.97), julgou caso de homicídio de índio contra outro índio, dentro da reserva, em virtude de desentendimento entre parentes após ingestão de bebida alcoólica.

O relator sustentara que o homicídio entre índios não figura hipótese de disputa sobre direitos indígenas, sendo estes tão sós aqueles do caput do art. 231 CF; já o Min. Rezek reproduziu o entendimento exposto no HC 71.835 e o relator para o acórdão concluiu que devia manter-se a interpretação segundo a qual a ofensa à vida do índio – esta como bem

maior – se inclui entre os direitos indígenas (art. 109, XI), para efeito de definição da competência federal de jurisdição.

No julgamento do Habeas Corpus n.º 75.404-0/DF, Relator o Ministro Maurício Corrêa, a mesma 2ª Turma do STF, por unanimidade, em 27 de junho de 1997 (Lex 271/313), entretanto, apreciando o caso do índio pataxó Galdino - que morreu em decorrência de queimaduras provocadas pelos réus adolescentes brancos enquanto dormia num abrigo em ponto de ônibus em Brasília/DF – concluiu que a hipótese “não se identifica com os precedentes, porque aqui não se cogita de genocídio [RE 179.485-2], nem de disputa de terras entre índios ou entre índios e não índios e ainda porque o crime não foi praticado em reserva indígena nem decorreu de conflito relativo a questões indígenas [HC 71835-3].” O relator retomou a argumentação até então vencida, dos Min. Velloso e Néri, para afirmar que não há aí disputa sobre direitos indígenas porque o fato descrito na denúncia não se compreende nos limites do art. 231 CF. Firmou-se a competência da Justiça Comum do Distrito Federal.

Examinando o Recurso Extraordinário n.º 206.608/RR Relator o Ministro Néri da Silveira, outra vez a 2ª Turma do STF, também por unanimidade, em 11 de maio de 1999 (RTJ 170/973), em caso de abuso de autoridade e lesões corporais praticadas por policiais militares contra o índio Damasceno Segundo no interior da reserva (próximo à maloca do Gavião em Roraima), entendeu haver violação de direito dos índios além de inequívoco atentado a serviço da União “em decorrência da proteção devida ao indígena”. O Min. Marco Aurélio reiterou sua interpretação abrangente “considerada a intangibilidade, a higidez do próprio índio”; os Min. Jobim e Velloso acompanharam a solução porque entendiam violado interesse da União.

No Habeas Corpus n.º 79.530/PA, Relator o Ministro Ilmar Galvão, a 1ª Turma do STF, à unanimidade, em 16 de dezembro de 1999 (RTJ 172/583), julgando o caso Paulinho Payakan (estupro praticado por índio contra mulher de outra raça), produziu a primeira sistematização do tema. De fato, embora confirmando os precedentes, em que se concluiu pela competência estadual quando não estivesse em jogo o interesse da administração e se cuidasse de crime de índio contra índio por assuntos pessoais, o Relator ainda assinalou que mesmo essa interpretação apresentava dificuldades na apuração do efetivo prejuízo do serviço da União, porque não é fácil demonstrar ofensa à tutela (art. 7º e 8º, da Lei 6.001/73) desde que “trata-se de tutela que não é diversa da tutela do direito comum” que é instituto de natureza civil e não penal. Torna-se, assim, disse o relator “de todo descabido atribuir o caráter de delito contra o serviço da União ao simples fato de um índio aparecer como agente, ou como vítima, de crimes da espécie de que cuidaram os precedentes, ainda que ocorridos

nos limites de seu habitat, circunstância que, por igual, se mostra irrelevante para a fixação da competência”.

De outra parte, como não se pode atribuir ao crime, em si, o caráter de disputa, conquanto essa possa resultar em crime, é de concluir-se que o vocábulo, como empregado no inc. XI do referido artigo 109, disputa sobre direitos indígenas, tem o sentido de questão, de litígio, lide, conflito, só podendo compreender, por isso, as causas que envolvam os direitos dos silvícolas tutelados pela FUNAI, cuja defesa cabe não apenas a esses, representados ou assistidos pela FUNAI – circunstância por si só suficiente para determinar a competência da Justiça Federal – mas também ao Ministério Público, conforme prevê o art. 129, V da Carta da República.

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 263.010-1/MS, Relator Ministro Ilmar Galvão, a 1ª Turma do STF, à unanimidade, em 13 de junho de 2000 (Lex 268/389), examinando arguição de incompetência em caso de tentativa de morte praticada por um índio da etnia Terena contra uma índia Guarani, residentes em reservas distintas, em Dourados/MS, aplicou a solução do precedente no HC 79.530 (supra), isto é pela competência federal embora praticado dentro da reserva.

No Habeas Corpus n.º 80.496-9/MA, Relator o Ministro Moreira Alves, a 1ª Turma do STF, por unanimidade, em 12 de dezembro de 2000 (DJ 06.04.2001) adotou as razões do voto condutor nos precedentes no HC 79.530 e RE 263.010 para concluir pela competência estadual. O parecer da Procuradora Geral da República - PGR, pela competência federal, foi do Subprocurador geral da República Cláudio Lemos Fonteles.

No Recurso Extraordinário n.º 282.169-1/MA, Relator o Ministro Moreira Alves, a 1ª Turma do STF, à unanimidade, em 13 de março de 2001 (DJ 04.05.2001) ao examinar caso de crime de homicídio de um índio Guajajara praticado por não índio em virtude de rixa pessoal, fora da reserva indígena, deu por boa a decisão recorrida que aplicou os precedentes da Corte, assentando o Relator que “são, portanto, concordes ambas as Turmas desta Corte no sentido de que, quando se tratar de crime cometido contra índio fora da reserva indígena, como sucede no caso presente, a competência para processá-lo e julgá-lo é da Justiça Comum Estadual e não da Federal”.

No exame do Habeas Corpus n.º 81.827-7/MT, Relator o Ministro Maurício Corrêa, a 2ª Turma do STF, à unanimidade, em 28 de maio de 2002 (DJ 23.08.2002), decidiu que o crime praticado por índios da reserva Juininha (Pontes e Lacerda/MT), contra não índios, por questões de antipatia e por terem estes se utilizado da estrada existente próxima à aldeia indígena, não envolvia conflito de terras nem dizia respeito à cultura ou a direitos sobre terras,

cuidando-se de delito comum isolado que não configura disputa sobre direitos indígenas, e, portanto não se submete à competência Federal.

No Recurso Extraordinário n.º 270.379-6/MS, Relator o Ministro Maurício Corrêa, a 2ª Turma do STF, à unanimidade, em 17 de abril de 2001 (DJ 29.06.2001), apreciando caso de homicídio praticado contra índio em virtude de disputa de terras voltou a reconhecer a competência federal porque, “no caso específico destes autos o que se deu é que o assassinato do índio Marçal teve como causa, contenda de terras que os índios defendiam como suas, valor esse que está devidamente arrolado no artigo 231 da Constituição Federal como fator a atrair a competência da Justiça Federal para o julgamento do autor do homicídio, à medida que está umbilicalmente relacionado com o que a Constituição denomina de “direitos originários sobre terras que tradicionalmente ocupam”, princípio esse, aliás reprisado no inciso XI do artigo 109 da Constituição como de disputa sobre direitos indígenas”. O Relator, aliás, fez expressa reconsideração de voto em julgados anteriores, de que participara com entendimento diverso: “revi a minha posição a partir daí [RE192.473], para entender que a ocorrência de crime em reserva indígena, de que participa índio, ativa ou passivamente, por si só, nem sempre conduz à atração da competência da Justiça Federal, porque os direitos que levam à sua atuação são aqueles que estão definidos no artigo 231 da Carta Federal”. A descrição dos precedentes referidos expõe com suficiente evidência os pressupostos adotados pela Corte Suprema na solução da questão da competência de jurisdição para o processo e julgamento dos crimes cometidos por indígenas.

A jurisprudência do STJ está consolidada na Súmula 140 (“Compete à justiça comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima.”), tomada pela 3ª Seção, em 18.05.1995 (RSTJ 80/233-251).

Quanto a ela, aliás, dois aspectos merecem referência breve: primeiro, que os precedentes dessa súmula foram coletados em julgamentos possivelmente inspirados na antiga jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos, que os tomou sob a vigência da Constituição anterior, a qual não tinha regra semelhante ao hoje art. 109, XI da CF 88, o que relativiza muito seu valor; depois, que, cuidando-se de matéria tipicamente constitucional, como parece natural, a última palavra será sempre da Corte Suprema, valendo os precedentes do STJ nessa hipótese tão só como orientação subsidiária até que o STF se pronuncie. É bom considerar, entretanto, que essa jurisprudência parece de todo inadequada, tanto quando o crime for cometido por indígena, visto que sua conduta pode acarretar responsabilidade para a União, quanto contra indígena (pelas óbvias razões já acima indicadas) e especialmente se

praticado contra índios em vias de integração ou isolados, cujo dever de proteção pela União é ainda mais indubitoso.

Tomando como referência a jurisprudência do STF, que, pelas razões expostas, se afigura mais adequada e pertinente, a constatação inicial é que, mesmo quando admite a competência federal nos crimes cometidos contra os índios, a jurisprudência resultante dos precedentes da corte suprema parece considerar exclusivamente a proteção penal da pessoa física do índio, enquanto os direitos que podem ser atingidos não se resumem necessariamente a direitos pessoais deles, a dizer que um delito cometido contra um índio pode também atentar contra direitos ou interesses de outros índios ou da própria comunidade, como faz certo por exemplo o art. 58 da Lei n.º 6.001/73 ao punir crimes contra a cultura indígena, mostrando claramente que é insuficiente a argumentação da jurisprudência citada. Da mesma maneira, o crime praticado por um índio pode ofender não só direitos individuais e pessoais de não índios, mas também de pessoas jurídicas particulares ou do próprio Estado, de modo que a verificação da atuação da regra do inciso XI, do art. 109, da CF, no mínimo, recomenda particular atenção com os possíveis desdobramentos, visto como a disputa sobre direitos indígenas pode nesse contexto ultrapassar os limites formais da interpretação literal, deixando à mostra outra vez a precariedade da solução jurisprudencial.

O STF nos vários julgados em que assentou a competência estadual insistiu em que era preciso uma leitura estrita do art. 109, XI, combinada com a do artigo 231, da CF, porque a disputa capaz de atrair a competência federal teria de referir-se a direitos previstos neste último. Como se pode perceber dos diversos arestos antes reportados, a questão passa a ser de acordo com a fundamentação exposta pelos Relatores, de um lado a identificação exata dos direitos e interesses dos indígenas albergados no texto do artigo 231 da CF, e de outro a figuração de sua efetiva violação.

CONCLUSÃO

Ao pesquisar o tema, em um levantamento inicial, percebe-se que a população indígena, ao contrário do que vinha ocorrendo em décadas anteriores, está em recuperação em relação aos séculos passados. E daí, por si só, passa haver um aumento nas lutas pelos direitos indígenas, em especial pelas demarcações de terras tradicionalmente por eles ocupadas, esses direitos são assegurados por meio da Constituição Federal de 1988, sendo que muitos ainda dependem de normas regulamentadoras, normas essas para as quais foi estipulado um lapso temporal de cinco anos para fossem instituídas, entretanto, passados vinte e sete anos continuam entravadas no Congresso Nacional, o que influencia diretamente o problema tratado neste trabalho.

Em relação aos direitos desses povos a Constituição Federal de 1988 criou uma nova perspectiva, deixando de lado a assimilacionista que entendia os índios como categoria social transitória fadada ao desaparecimento. De igual forma, como há leis que asseguram seus direitos há outras que compreendem seus deveres, surgindo daí a responsabilização daqueles que tinham condições de compreenderem, de acordo com a sua cultura e seus costumes, o caráter ilícito daquela conduta positivada como crime, segundo os padrões da cultura da sociedade envolvente.

Prosseguindo na pesquisa passou-se a investigar a capacidade processual desses povos, examinando a Constituição Federal, o Estatuto do Índio e outras normas que tratam do tema. Ao contrário do regime tutelar imposto aos índios pelo Estatuto do Índio, a Constituição Federal de 1988 e a convenção 169 da OIT, ratificada pelo Decreto Presidencial n.º 5.051, de 19 de abril de 2004, reconhecem aos índios, suas comunidades e organizações como partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Tomado conhecimento do que fora dito, passou-se a estudar a temática da pesquisa.

A questão versada tem suscitado grande divergência no seio da jurisprudência pátria. Assim é que o Eg. Superior Tribunal de Justiça de tanto decidir contrariamente a tese fundamentada na Constituição Federal, houve por bem sumular a matéria, dando ensejo à edição do enunciado n. 140 do seguinte teor: “Compete á Justiça Comum Estadual processar e julga crime em que o indígena figure como autor ou vítima”.

É de ser lembrado que o Eg. Supremo Tribunal Federal, sem discrepância, vem decidindo por ambas as Turmas contrariamente ao entendimento do col. STJ cristalizado no enunciado da súmula acima transcrita, conforme comprovam as jurisprudências colacionadas no desenvolvimento deste trabalho.

Conclui-se que o surgimento da problemática é oriundo da interpretação de cada caso pelos julgadores, em que há divergências de interpretação dos limites dos direitos indígenas que devem ser protegidos pela união, que são de competência da Justiça Federal o julgamento quando há violação, a partir daí e induzidos pela já citada súmula 140 do STJ, acabam fomentando a existência do conflito de jurisdição e competência.

Assim sendo, torna-se imperiosa, e como uma possível solução para o problema, a aprovação das leis propostas que se encontram entravadas no Congresso Nacional, barradas por uma política ruralista e desenvolvimentista que interpretam o reconhecimento dos direitos indígenas como entrave ao progresso. Dentre essas leis destacam-se o Projeto de Lei n. 2.057/91, que institui o Estatuto das Sociedades Indígenas, e o Projeto de Lei n. 8045/2010 que visa à reforma do Código de Processo Penal, que define como competente a Justiça Federal para julgar todos os crimes em que o indígena figure como autor ou vítima.

De suma importância também é o debate da matéria no meio acadêmico e social com o fim de somar força para a superar a questão.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Guilherme Rodrigues; RIEGE, Renata Jardim da Cunha. **A competência em matéria penal**: a jurisdição e seus princípios. Regras gerais do código de processo penal e do Projeto 156. Disponível em <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/04a79x.pdf>, acessado 10 em junho de 2015.

AMPEB Associação do Ministério Público do Estado da Bahia - **A competência por prerrogativa de função e os agentes políticos**, 2010, online, disponível em: <http://www.ampeb.org.br>. Acessado em 15 de junho de 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tomo I.

BARRETO, Helder Girão. **A disputa sobre os direitos indígenas**. Conferência proferida no “Seminário de Direito Ambiental – Ano V”, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 27 e 28 de março de 2003, no Teatro Palácio de Castro, Rio Branco/AC.

BERNO, Alexandre Alberto. A legitimação constitucional “*ad processum*” dos índios. **Revista TRF 3ª Região** nº 107, p. 7, maio e jun./2011.

BINDER, Alberto. M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Tradução de Fernando Zani. Revisão e apresentação de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 mai. 2015.

BRASIL. **Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004** – Promulga a convenção n.º 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre povos indígenas e tribais. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 17 nov. 2014.

BRASIL. **Lei Federal n. 5.371, de 05 de dezembro de 1967**. Autoriza a instituição da “Fundação Nacional do Índio” e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5371.htm>. Acesso em: 18 nov. 2014.

BRASIL. **Lei Federal n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre O Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 18 nov. 2014.

BRASIL. **Projeto de lei n. 8.045/2010**. Propõe a reforma do código de processo penal Disponível em <http://www.camara.gov.br>. Acessado em 10 de junho de 2015.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. A competência nos crimes praticados por ou contra indígenas. **Revista AJUFERGS n.º 01**, s.d, Porto Alegre/RS.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 19 ed., 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios. **Revista de Informação Legislativa**, v. 28, nº 111, jul./set. 1991. Brasília: Senado Federal, 1991.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral do direito civil**. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. V. I.

DHnet. **A realidade dos povos indígenas no Brasil**, 2002, online, disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/indios/cf_2002.html . Acessado em 15 de junho de 2015.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**, 5 edição, revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo/SP, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FONTELES, Cláudio Lemos. **Os julgamentos de crimes cometidos contra comunidades indígenas pela justiça estadual**. Os direitos indígenas e a Constituição, coordenadora Juliana Santilli, NDI/SAFE, Porto Alegre, 1993.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 15 edição, 1995.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. 6 ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. V. I.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira, **Critérios para fixação de competência penal sob o prisma constitucional**, online, s.d. disponível em <http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/a-jurisdicao-principios/a-jurisdicao-principios.shtml>, acessado em 03 de junho de 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 5 ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. V. I.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

JESUS, Damásio de. **Código penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 9 ed., 1999.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. V. I.

MARCZYNSKI, Solange Rita. Índios: Temas Polêmicos. **Revista de Informação Legislativa**, v. 28, nº 111, jul./set. 1991. Brasília: Senado Federal, 1991.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 10 ed., 2000.

O BRASIL INDÍGENA (IBGE). Disponível em <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/o-brasil-indigena-ibge>, acessado em 20 de junho de 2014.

OS INDÍGENAS NO CENSO DEMOGRÁFICO DE 2010 (IBGE). Disponível em http://indigenas.ibge.gov.br/images/pdf/indigenas/folder_indigenas_web.pdf, acessado em 20 de junho de 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. Coordenador Pedro Lenza. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Índios, convenção 169/OIT e meio ambiente. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, número 33. Brasília, CEJ, abr./jun. 2006.

SOUZA, Manoel Nascimento de; BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8978&revista_caderno=9

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Tutela aos índios: proteção ou opressão? SANTILLI, Juliana (coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas/Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 1. **Multiculturalismo e direitos coletivos**. SANTOS, Boaventura de Souza (org.). Reconhecer para libertar os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SOUSA, Rainer. **Índios no Brasil**. s.d, online, disponível em <http://www.brasilecola.com/historiab/indios-brasil.htm>. Acessado em 10 de junho de 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC n.º 65.912-8 MG**. Relator Min. Célio Borja, 2ª Turma, julgado em 06/05/1988, DJ 24-06-1988. RTJ 134, p.193. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 12 de maio de 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE n.º 179.485/AM**. Relator Ministro Marco Aurélio, 2ª Turma, julgado em 06/12/1994. RTJ 158, p.736. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 12 de maio de 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE n.º 192.473-0/RR**. Relator Ministro Maurício Corrêa, 2ª Turma, julgado em 04/02/1997. (DJ 29.08.97).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC n.º 75.404-0/DF**. Relator Ministro Maurício Corrêa, 2ª Turma, julgado em 27/06/1997. Lex 271/313.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE n.º 206.608/RR**. Relator Ministro Néri da Silveira, 2ª Turma, julgado em 11/05/1999. RTJ 170, p.936.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC n.º 79.530/PA**. Relator Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, julgado em 16/12/1999. RTJ 172, p.583.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC n.º 263.010-1/MS**. Relator Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, julgado em 13/06/2000. Lex 268/389.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC n.º 80.496-9/MA**. Relator Moreira Alves, 1ª Turma, julgado em 12/12/2000. (DJ 06.04.2001).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE n.º 282.169-1/MA**. Relator Moreira Alves, 1ª Turma, julgado em 13/03/2001. (DJ 04.05.2001).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC n.º 81.827-7/MT**. Relator Ministro Maurício Corrêa, 2ª Turma, julgado em 28/05/2002. (DJ 23.08.2002).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE n.º 270.379-6/MS**. Relator Ministro Maurício Corrêa, 2ª Turma, julgado em 17/04/2001. (DJ 29.06.2001).

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 24 ed., 2002. V. II.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 25 ed., 2003. V. II.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Apelação Cível 2.157-MS**, de 11 de março de 2005. Relator: Walter do Amaral. Diário Judiciário da União: República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Suspensão de liminar 2.736-MS**, de 18 de agosto 2005. Presidente Diva Malerbi. Diário Judiciário da União: República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Apelação Cível 1006120/MS**, de 19 de outubro 2005. 8ª Turma Rel. Desembargadora Federal Marianina Galante. Diário Judiciário da União: República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 30 nov. 2014.